

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL



MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO PRIVADO

ESPECIALIDAD EN DERECHO MERCANTIL

CURSO 2010-2011

- TRABAJO FIN DE MÁSTER -

«LA FUSIÓN UNÁNIME»

Autora: Cristina Cano Ortega

Tutora: Prof. Dra. Carmen Alonso Ledesma. Catedrática de Derecho Mercantil

Convocatoria: Septiembre 2011

Calificación: 9 con opción a Matrícula de Honor

RESUMEN

La fusión unánime ha sido una de las grandes novedades incorporada en la Ley 3/2009, de 3 de Abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Este TFM tiene por objeto analizar detenidamente la fusión «súper simplificada» regulada en el artículo 42 de dicha Ley. En primer lugar se estudian los precedentes del precepto y las simplificaciones procedimentales en otros ordenamientos jurídicos de países comunitarios. El TFM se centra en analizar la gran problemática que presenta la fusión unánime debido a su insuficiente y defectuosa regulación: su ámbito subjetivo de aplicación, los presupuestos para su aplicación y las consecuencias jurídicas producidas por la aplicación del artículo 42 LME. Se intenta aportar algo de luz mediante la interpretación más adecuada y respetuosa conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE

Modificaciones Estructurales. Fusión. Simplificación Procedimental. Junta Universal. Acuerdo unánime. Proyecto de fusión. Balance de fusión. Información sobre la Fusión.

ABSTRACT

The unanimous merger has been one of the greatest innovations incorporated in the Act 3/2009 of April 3 about structural modifications of trading corporations. This TFM has the purpose to analyze carefully the merger «oversimplified» regulated by Article 42 LME. First, we are going to study the origin of the precept and procedural simplifications in other legal systems of European Union countries. The TFM focuses mainly on analyzing the most important problems caused by the unanimous merger due to insufficient and defective regulation: their field of application, requirements for application and the legal consequences resulting from the application of Article 42 LME. It tries to throw some light by appropriate and respectful interpretation under our legal system.

KEYWORDS

Structural Modifications. Merger. Procedural Simplification. Universal Meeting. Unanimous Agreement. Merger Project. Merger Balance Sheet. Information about the Merger.

ÍNDICE

<i>Abreviaturas</i>	5
I. INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES	7
II. ANTECEDENTES Y TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL PRECEPTO Y SIMPLIFICACIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS	12
1. La Resolución de la DGRN de 30 de junio de 1993	12
2. Art. 533 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles	17
3. Directiva 2009/109/CE	19
4. Tramitación parlamentaria del artículo 42 LME	21
5. Simplificación procedimental en derecho comparado: el Art. 2505 quáter del Codice Civile	22
III. CUESTIONES PRELIMINARES EN TORNO A LA FUSIÓN	24
IV. REQUISITOS DE APLICABILIDAD	30
1. Ámbito subjetivo de aplicación	30
i. Problemática interpretativa del precepto	30
ii. Breve mención a las particularidades de ciertos tipos societarios y la posible aplicación del precepto a otras entidades	35
iii. Fusiones de sociedades en circunstancias especiales	42
2. Requisitos objetivos: acuerdo en junta de todos los socios y por unanimidad..	51

i. No necesidad de carácter universal de la junta, pero sí de que el acuerdo sea unánime	51
ii. Supuestos especiales y otros aspectos relevantes	57
V. SIMPLIFICACIÓN PROCEDIMENTAL DEL ARTÍCULO 42 LME Y SU COMPATIBILIDAD CON EL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL	62
1. Consideraciones generales de los preceptos excluidos de aplicarse	62
2. El proyecto de fusión y el papel del Registro Mercantil	64
3. Informe de administradores y de expertos independientes	72
4. Balance de fusión	78
5. Información sobre la fusión. Especial mención a los derechos de información de los representantes de los trabajadores	84
6. Convocatoria de la junta y adopción del acuerdo	91
7. Seguimiento voluntario de determinados aspectos del procedimiento de los que exime el art. 42 LME	97
VI. NORMAS DE OBLIGADO CUMPLIMIENTO	99
1. Necesaria publicidad del acuerdo adoptado en la junta	99
2. Derecho de oposición de acreedores	103
3. Escritura pública de fusión	107
4. Inscripción de la fusión	111
5. Impugnación de la fusión	113
VII. APLICACIÓN A OTRAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES	116

VIII. CONCLUSIONES	118
IX. EPÍLOGO: LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 9/2012.....	121
X. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CITADAS	127

ABREVIATURAS

AIE	Agrupación de Interés Económico
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCom	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
DA	Disposición Adicional
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
ET	Estatuto de los Trabajadores
FJ	Fundamento Jurídico
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
LC	Ley Concursal
LCoop	Ley de Cooperativas estatal
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LME	Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
MEH	Ministerio de Economía y Hacienda
PCSM	Proyecto de Código de Sociedades Mercantiles
RD	Real Decreto
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDLg	Real Decreto Legislativo

RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SA	Sociedad Anónima
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SComA	Sociedad Comanditaria por acciones
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, puesto que versa sobre una materia fundamental, se ha convertido en una norma de gran relevancia para el derecho de sociedades¹. Cuando se lleva a cabo una de estas operaciones se ven implicados múltiples intereses, todos ellos muy variados y provenientes de diferentes sujetos: el socio o socios titulares de la mayoría del capital social, los socios minoritarios, los administradores sociales, los trabajadores, los deudores y acreedores de la sociedad e incluso aquellos sujetos, que sin tener una relación jurídica directa con la sociedad, sí que participan en un mercado que se puede ver afectado por la operación efectuada, etc². La conjugación de forma adecuada de todos estos intereses, muchos de ellos contrapuestos, se convierte así en una labor titánica. Además, no sólo existe una multiplicidad de intereses, sino también de normas concurrentes íntimamente relacionadas como el derecho societario, el derecho de la competencia, el derecho civil, el derecho laboral, el derecho fiscal, etc. Esto convierte a la LME en una norma muy compleja.

Hay que añadir que las modificaciones estructurales poseen también una indudable trascendencia macroeconómica³ al facilitar, por ejemplo, los procesos de concentración empresarial, los cuales permiten que una economía nacional pueda estar en condiciones de competir en el mercado europeo o incluso mundial. Éste se convierte en uno de los motivos para tratar de conseguir dotar a estas operaciones de un marco jurídico regulador flexible. No obstante, y más en el contexto de crisis que nos rodea, no podemos olvidar que esta llamada «ingeniería societaria», no sólo constituye una

¹ Más que nunca se encuentra de actualidad debido a las reformas que ha sufrido la mencionada Ley en los dos últimos años. La primera modificación fue con la Disposición Adicional Tercera de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, y que sólo afectaba al artículo 34 LME; y la segunda, con el Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, que ha modificado sustancialmente, entre otros, el artículo 42 que es el objeto de estudio de este trabajo que fue presentado en septiembre de 2011 como Trabajo Fin de Máster. Por no modificar la esencia del trabajo defendido en su momento y además por tratarse éste último de un reciente Real Decreto-Ley que podrá ser convalidado o revocado por el Congreso o incluso convertirse en un proyecto de Ley teniendo que superar el oportuno debate parlamentario, sólo será estudiado en el epílogo de este trabajo.

² Éste es parte del elenco de sujetos enumerado por GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S.: *Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, págs. 13-14.

³ Así lo pone de relieve GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 14-15.

herramienta útil para tratar de superar esta situación mediante las reestructuraciones societarias, sino que también, ha sido la causante en gran parte de la misma, por el empleo de éstas operaciones de manera arriesgada y temeraria⁴.

La LME no ofrece en su texto articulado un concepto de «modificación estructural»⁵, por lo que debemos conformarnos con la definición genérica que realiza el legislador en la Exposición de Motivos de la LME: «*aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad*, y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo. También se regula en la presente norma el traslado internacional del domicilio social que, aunque no siempre presenta las características que permitan englobarlo dentro de la categoría de modificaciones estructurales, sus relevantes consecuencias en el régimen aplicable a la sociedad aconsejan su inclusión en el mismo texto legal»⁶.

La LME se caracteriza por ser una norma especialmente rigurosa y garantista, lo cual suele llevar a pensar que nos encontramos ante una norma imperativa, entendido esto en un doble sentido. Por un lado, los trámites del procedimiento correspondiente no son modificables por la voluntad particular de los participantes, y por otro, si se produce un determinado supuesto de hecho, es esta norma de necesaria aplicación⁷. Pero lo que algunos parecen olvidar es que nos encontramos ante una norma «habilitadora»⁸, es decir, permite conseguir unos determinados efectos excepcionales (que sólo se podrían

⁴ Muy en particular, cierto tipo de negocios en cuyo diseño han primado los intereses de una economía financiera a corto plazo sobre la racionalidad económica empresarial y que no han sido nada ajenos al desencadenamiento de la crisis, las compras sobre-apalancadas de empresas (LBO), se han venido sirviendo sistemáticamente de un tipo de modificación estructural (la fusión de la sociedad *target* con la sociedad *spv* compradora que ha recibido la financiación bancaria) como instrumento para llegar a un resultado –la empresa vendida financia su propia compra– que se supone que nuestro orden jurídico rechaza en términos generales (GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S, cit. págs. 16-17). El artículo 35 LME (el encargado de regular la fusión apalancada) se ha convertido en uno de lo más polémicos y controvertidos por este motivo.

⁵ No es posible la aplicación analógica del régimen jurídico de las modificaciones estructurales típicas reguladas en la Ley a otras operaciones que podrían ser consideradas en general como modificaciones estructurales, ya que el efecto de sucesión universal no es susceptible de aplicación analógica.

⁶ Definición similar da la doctrina alemana como bien nos recuerda ANSÓN PEIRONCELY, R.: *La Ley 3/2009 de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Ed. Civitas, Navarra, 2009, pág.13.

⁷ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, concede tal carácter imperativo a la LME, entendiendo que si se elude la aplicación de la Ley para realizar operaciones que deben calificarse como modificación estructural reguladas por la Ley, debería considerarse como un fraude de Ley (SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: «La Ley de Modificaciones Estructurales y el concepto de Modificación Estructural», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. I, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 55).

⁸ Emplea este término, GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 33.

lograr por otra vía mucho más compleja) a través de ciertos cauces procedimentales, ya que, aunque parezca lo contrario, la regulación de estas operaciones pretenden alcanzar una simplificación procedimental (dispensa de la unanimidad de los socios, sustituyéndola por una mayoría reforzada o cualificada; y produce el efecto de «sucesión universal»).

Desde este punto de vista, se puede relativizar la visión imperativista de la ley, ya que este derecho excepcional de las modificaciones estructurales, nos permite conseguir un determinado fin mediante un procedimiento más simplificado que el que resultaría del derecho general de sociedades y del derecho patrimonial común, y que tiene unas determinadas garantías específicas (intensificación de la información que se debe poner a disposición de los socios y otros sujetos, verificación pericial independiente de los presupuestos económicos de la operación, el derecho de oposición de los acreedores, etc.) que no son precisas si se sigue el régimen general del derecho común⁹.

El objeto de la LME ha sido la trasposición de la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, y de la Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, que modifica la Tercera y Sexta Directivas, y de la que procede la supresión del informe de experto independiente sobre el proyecto y el tipo de canje en los supuestos de acuerdo unánime de todos socios de todas las sociedades intervinientes. Sin embargo, la reforma ha sido aprovechada por el legislador para revisar la disciplina de las figuras ya existentes, incorporando las reglas especiales de las fusiones transfronterizas, y para ampliar considerablemente el ámbito de las modificaciones estructurales reguladas¹⁰.

⁹ El problema estriba en poder considerar, a la vista de todo el sistema de la ley de sociedades, que una operación de este tipo escapa a la competencia del órgano de administración de la sociedad transmitente (siendo por tanto necesaria la intervención de la junta general de socios de la misma); e incluso, que la operación también excede del poder de la mayoría ordinaria en la junta general de socios, requiriéndose la mayoría cualificada propia de una escisión o incluso la unanimidad de los socios (GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 38).

¹⁰ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 29, van más allá y afirman que esta ampliación no es sólo cuantitativa sino también cualitativa en cuanto a la naturaleza de las operaciones reguladas, ya que antes las operaciones reguladas afectaba a la posición subjetiva de los socios como partícipes del capital social (experimentando los socios un canje de acciones, participaciones o cuotas sociales), y ahora se incluyen operaciones que afectan directamente al patrimonio del que es titular la sociedad, como así sucede en la segregación, en el supuesto del artículo 72 LME y en la cesión global de activo y pasivo no liquidatoria. De manera que operaciones que suponen para una sociedad simples alteraciones patrimoniales pasan a ser tratadas como modificaciones estructurales.

En sede de transformación nos encontramos con una ampliación del elenco de transformaciones posibles; se regula específicamente en la ley el traslado del domicilio de una sociedad española al extranjero o el de una sociedad extranjera a España – aunque su calificación como «modificación estructural» fue intensamente debatida durante la elaboración de la ley-; se amplía el concepto de escisión para incluir junto a los supuestos tradicionales de la escisión total y la parcial, la figura de la segregación – las acciones o participaciones emitidas por la sociedad beneficiaria de la parte aportada las recibe la sociedad aportante y no los socios de la misma- y la «constitución de *sociedad íntegramente participada* mediante transmisión del patrimonio» -filialización total-; y se configura la cesión global de activo y pasivo como una operación no vinculada necesariamente a la disolución y extinción de la sociedad cedente como sucedía con la regulación anterior (art. 117 LSRL).

Entre las modificaciones estructurales, destaca considerablemente la fusión. No sólo por ser la operación más frecuente en la práctica, sino principalmente por utilizar el legislador su régimen jurídico como patrón para configurar las restantes operaciones –a excepción de la transformación que, por su propia naturaleza, posee una posición más autónoma-¹¹. La fusión se realiza a través de un procedimiento, cuyas fases se conectan y suceden, y no pueden entenderse unas al margen de otras. Por ello, el estudio de algún aspecto concreto de la fusión, se debe hacer tras una previa comprensión de la figura y de otros aspectos íntimamente relacionados. La fusión supone un cambio sustancial de la base societaria de las sociedades participantes, lo cual afecta al *status quo* de los socios y a otras personas ligadas con las sociedades, entre los que destacan sus acreedores.

Como indica la doctrina¹², son tres las pretensiones básicas de la LME: 1) establecer una regulación unitaria y completa de estas operaciones en un cuerpo legal especial¹³; 2)

¹¹ El procedimiento de desarrollo de la fusión está presente también en la configuración de los tipos societarios propios del Derecho europeo. En efecto, tanto respecto de la *Societas Europaea*, como en relación con la Sociedad Cooperativa Europea, representa la fusión, en sus dos conocidas clases, una de las modalidades características para hacer posible la fundación de dichas sociedades (EMBED IRUJO, J.M.: «Prólogo», en MARTÍ MOYA, V.: *El procedimiento de fusión de las Sociedades Mercantiles: preparación, adopción e impugnación del acuerdo*, Ed. Comares, Granada, 2010, pág. XV-XVI).

¹² Así por ejemplo GONZÁLEZ-MENESES, M.; ÁLVAREZ, S., cit. pág. 19.

¹³ Al respecto podemos hacer varias observaciones: a) contradicción en algunos aspectos o al menos difícil asimilación entre unos mismo conceptos cuando son utilizados por la normativa mercantil y cuando son usados por la normativa fiscal; b) no se puede realizar una interpretación aislada de la LME sin tener en consideración el resto de normativa, especialmente la societaria; c) no existe una auténtica

la ampliación del ámbito de las modificaciones estructurales reguladas como ya hemos visto; y 3) la simplificación procedimental de estas operaciones. Respecto a esta última, nos encontramos con novedades tan relevantes como la reducción del número de anuncios o la posibilidad de sustituirlos por comunicaciones individuales a socios y acreedores; la no necesidad de acuerdo de junta en ciertas fusiones especiales; la no necesidad de informe de experto independiente sobre el proyecto de fusión o escisión si los acuerdos son adoptados por unanimidad de todos los socios de todas las sociedades implicadas –incluso si son SA-; etc.

Pero resulta, sin duda, más llamativa la «fusión súper simplificada» del artículo 42 LME como algunos autores la llaman, que hace innecesario el proyecto de fusión y el balance cuando, siendo sociedades distintas a sociedades anónimas o comanditarias por acciones, la modificación se acuerde por unanimidad de los socios, en junta a la que asistan todos ellos. Dada la excepcionalidad del derecho sobre modificaciones estructurales, que implica una simplificación procedimental respecto del régimen jurídico general que sería aplicable para alcanzar el resultado deseado si no se siguiera el procedimiento de la LME, cualquier «simplificación» adicional en el marco de este régimen especial, supone un aumento de la excepcionalidad total de este subsistema dentro del sistema jurídico general. Por ello, se debe ser especialmente cuidadoso en la configuración y diseño de estos procedimientos¹⁴.

El presente trabajo tiene por objeto analizar las peculiaridades del procedimiento de fusión conforme el artículo 42 LME. Dicho precepto se ubica en el Título II («De la Fusión»), Capítulo I («De la Fusión en general»), Sección IV («Del acuerdo de Fusión»). Por ello, el estudio se centra sobre todo en la «fase decisoria» del procedimiento de fusión, donde los problemas van más allá de las relaciones entre sociedades, para centrarse en la posición jurídica de los socios de las sociedades que se fusionan y de los demás afectados por la operación¹⁵.

unificación, porque se mantiene una regulación diferenciada según las sociedades intervinientes sean sociedades anónimas o comanditarias por acciones o bien otro tipo de sociedades mercantiles, entre ellas, las sociedades limitadas, para las que se prevé un régimen menos gravoso, lo cual ha provocado múltiples problemas interpretativos.

¹⁴ Señala esta debida cautela GONZÁLEZ-MENESES, M.; ÁLVAREZ, S., cit. pág. 43.

¹⁵ La relevante modificación del *status quo* del socio hace necesarias una serie de medidas tuitivas que, dejando atrás –por motivos de política legislativa- el derecho de separación, se basan en el derecho de información y en su más inmediata aplicación práctica: las decisiones que el socio puede tomar sobre la

Esta fusión «súper simplificada» ya era sugerida, de alguna forma con anterioridad, por algunos autores, que estudiaban la posibilidad de prescindir del proyecto de fusión, y convertir así la fusión en un proceso que se desarrollara «sin papeles»¹⁶. La falta del proyecto no supondría la ausencia de todo soporte documental¹⁷, y permitiría una gran descarga del formalismo procedimental, ya que la falta del proyecto excluiría los informes sobre el mismo y la previa intervención del registro mercantil a través de su depósito, posibilitando un acuerdo inmediato de las juntas de las sociedades participantes en la fusión. No obstante, como veremos más adelante, puede existir algo similar a un proyecto de fusión, que lejos de un control notarial o registral posterior, únicamente los socios tengan conocimiento o acceso a él. Analizaremos en profundidad la configuración dada por el legislador al precepto y las consecuencias derivadas de la exención de los documentos y formalidades del procedimiento que prevé el artículo 42 LME.

II. ANTECEDENTES Y TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL PRECEPTO Y SIMPLIFICACIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

1. La Resolución de la DGRN de 30 de junio de 1993

Entre los que podrían considerarse como precedentes del artículo 42 se encuentra la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de junio de 1993, que en su momento levantó un gran revuelo entre los autores más renombrados por la simplificación procedimental que permitía.

base de la información recibida (MARTÍ MOYA, V.: *El procedimiento de fusión de las Sociedades Mercantiles: preparación, adopción e impugnación del acuerdo*, Ed. Comares, Granada, 2010, pág. 2).

¹⁶ EMBID IRUJO, J. M.: «Fusión. Comentario del artículo 234 al 238, y del 240 al 243», en ARROYO, I., EMBID IRUJO, J.M. (dirs), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol. III, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, pág. 2242 sostenía que «para decidir con criterio de la modificación estructural que nos ocupa y sus circunstancias esenciales (por ejemplo, tipo de canje), *hará falta alguna base documental que permita fijar indubitadamente, más allá de las explicaciones de los administradores, qué tipo de fusión y con qué caracteres se intenta conseguir*. De este modo, el proyecto de fusión, expulsado del proceso por un objetivo de flexibilidad, reingresa por el mismo por mor, cabría decir, de la naturaleza de la cosa».

¹⁷ En la fusión sigue habiendo papeles aunque se obvie la necesidad de un proyecto común, incluso, «papeles» con un contenido no muy diferente al que es propio de aquel proyecto, pero en la vertiente externa, sobre todo en relación con el registro mercantil y la documentación que al mismo fluye, la descarga resulta indudable (CABANAS TREJO, R.: *Procedimientos simplificados de fusión de sociedades*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010, págs. 21-22).

Se documentó en escritura pública el día 9 de abril de 1992 la fusión por la cual la sociedad «Ediciones Cátedra S.A.» absorbía a la sociedad «Orán S.A.» íntegramente participada por la sociedad absorbente. Las dos sociedades carecían de obligacionistas y de titulares de derechos especiales distintos de las acciones, y ambas contaban con trabajadores. Se presentó dicha escritura en el Registro Mercantil, donde la Registradora tras el examen de la misma, y su calificación, resolvió no practicar la inscripción por observar ciertos defectos, algunos de los cuáles fueron subsanados con posterioridad, pero siendo el principal motivo de su rechazo el que las Juntas se habían celebrado con carácter de extraordinarias y universales el día 30 de octubre de 1991 y el depósito del proyecto de fusión se realizó en el Registro el 20 de noviembre de ese mismo año, y, por lo cual, alegaba la Registradora Mercantil que no se dio cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 238 LSA y 193 RRM. El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma, manteniendo la Registradora Mercantil la nota de calificación, por lo que interpuso el Notario recurso de alzada. La DGRN estimó el recurso interpuesto revocando el acuerdo y la nota del Registrador.

Los artículos 238 y 240 LSA exigían que el proyecto de fusión de las sociedades participantes estuviese a disposición de socios, obligacionistas y empleados y titulares de derechos especiales distintos de las acciones con una antelación mínima de un mes respecto a la fecha fijada para la celebración de las Juntas; y el antiguo RRM exigía, en su artículo 193, el depósito previo en el Registro Mercantil de dicho proyecto con anterioridad a la convocatoria de la Junta.

La DGRN se decantó por la opción más sencilla y menos comprometedora al tratar el caso concreto, en vez de atreverse a dar una doctrina más general, que permitiera su aplicación a otros supuestos que no tuvieran las muchas especialidades del caso objeto de recurso: fusión por absorción de una sociedad íntegramente participada en la que no existían, como hemos dicho, ni obligacionistas ni titulares de derechos especiales distintos de las acciones. Por ello, la DGRN pasó pronto a centrarse en el interés de los socios. Al respecto consideró en su FJ Tercero que el interés de éstos se erige como una garantía en el procedimiento, la cual no puede llevarse al extremo de entorpecer el derecho de los socios a tratar en cualquier momento cualquier asunto si estando presente todo el capital así lo acuerda: «se trata de una *medida encaminada a facilitar a los socios un conocimiento completo, veraz y oportuno de los presupuestos y repercusiones*

de la decisión a adoptar, que garantice un ejercicio del derecho de voto verdaderamente libre y consciente, pero que *ha de ceder ante la propia decisión del socio de aceptar la celebración de la Junta universal en cualquier momento*, máxime si se tiene en cuenta: a) que la no efectuación de ese depósito no excluye la efectiva existencia del proyecto de fusión, incluso con la antelación mínima de un mes respecto al momento de celebración de la Junta; b) que ni siquiera la inexistencia del proyecto de fusión implica un desconocimiento por los socios de los presupuestos y alcance de la fusión pretendida (piénsese en sociedades con escaso número de socios y patrimonio social reducido); y c) que un precepto reglamentario -el art. 193.4- no puede interpretarse en contradicción con una norma de rango superior, el art. 99 de la Ley de Sociedades Anónimas» (este último artículo regulaba la Junta Universal).

Asimismo, señalaba la DGRN en su FJ Cuarto que debido a la inexistencia de obligacionistas y titulares de derechos especiales distintos de las acciones, y a que los representantes de los trabajadores no participaban en la adopción de la pertinente decisión, ni podían tampoco predeterminar, vetar o modificar su contenido, la exigencia del depósito del proyecto de fusión se consideraba satisfecha si se efectuaba el mismo con un mes de antelación a la realización de la fusión y sin perjuicio de la publicidad del acuerdo de fusión, así como de la obtención del texto mismo, tal como disponía el art. 242 LSA.

La Resolución ha sido duramente criticada por unos y defendida por otros. Los primeros han considerado que el procedimiento de fusión de sociedades establecido legalmente se desarrolla a través de unas determinadas fases, todas ellas imprescindibles y que se han de llevar a cabo en unos determinados plazos para garantizar la seguridad de la operación, en la cual no se ven involucrados únicamente los intereses de los socios, sino que también otros dignos de tutela como el de los acreedores, los trabajadores, clientes, etc. Y la llamada «fase previa» de la fusión pretende ofrecer esa tutela preventiva, mediante la publicidad e información de las condiciones en que se proyecta realizar la fusión y las consecuencias que se derivarán de la misma. Entienden que no se puede prescindir de esta fase por «*pura conveniencia*»¹⁸, ya que se trata de una normativa que tiene carácter imperativo, y que por tanto no es disponible por las partes, siendo las

¹⁸ LARGO GIL, R.: «Adopción de los acuerdos de fusión de sociedades en junta universal (RDGRN de 30 de junio de 1993)», *Revista de Derecho de Sociedades*, Núm. 2, 1994, pág. 248.

simplificaciones procedimentales sólo posibles dónde lo prevea la Ley (como el art. 250 LSA, para los supuestos de fusión con sociedades íntegramente participadas –como el estudiado en la Resolución- que eximía de ciertas menciones en el proyecto de fusión, y del aumento de capital de la absorbente así como de los informes de los administradores y de expertos sobre el proyecto). Además, la normativa especial sobre el acuerdo de fusión se aplica con prioridad al resto de normas comunes, por lo cual no debía ser posible que se produjera la adopción del acuerdo en la Junta Universal como bien habilitaba la LSA en sus normas generales pero parecía no permitirlo en cambio en las normas especiales de la fusión.

Obviamente los principales afectados por la fusión son los socios de las sociedades participantes en la misma, pero ellos obtienen una tutela que no poseen los demás interesados, ya que cuentan con el ejercicio de su derecho de voto. La resolución se centraba en la tutela de los socios, y dejaba de lado por ejemplo a los trabajadores¹⁹, a los que negaba toda posibilidad de incidir, por mediación de sus representantes, en la fase previa del proceso de fusión, a pesar de que los artículos 238.1 y 240.2 LSA reconocían a los representantes de los trabajadores el derecho a acceder a los mismos documentos y en los mismos plazos que los accionistas, así como a la obtención del texto íntegro de aquéllos. Algunos autores consideran que si se priva de tales derechos a los trabajadores como sucede cuando el acuerdo se adopta en una Junta Universal, el acuerdo de fusión queda viciado²⁰. La calificación previa del Registrador Mercantil a la celebración de las Juntas (art. 193 RRM), garantiza que el documento que se pondrá a disposición de los accionistas y demás interesados (arts. 238.1 y 240.2 LSA) se ajusta a las exigencias legales. Por ello, no sería suficiente con el depósito del proyecto en el Registro Mercantil después de la adopción del acuerdo por las Juntas, si no se cumplen además los requisitos de los artículos 238.1 y 240.2 LSA con carácter previo a la adopción de los acuerdos sociales de fusión.

¹⁹ Los trabajadores también se ven afectados por la fusión de las sociedades para las que trabajan.: 1) subrogación de la sociedad absorbente o de la de nueva creación en los derechos y obligaciones laborales del anterior empresario, quien responderá solidariamente en los tres años siguientes de las obligaciones laborales pendientes nacidas antes de la transmisión (artículo 44 ET); 2) posibilidad por parte del nuevo empresario en el ejercicio de su *ius variandi*, de modificar las condiciones de trabajo para reorganizar la empresa o extinguir de manera unilateral los contratos de trabajo; 3) el trabajador puede ejercer su facultad de dimisión (LARGO GIL, R., 1994, cit. pág. 250-251).

²⁰ LARGO GIL, R., 1994, cit. pág. 251.

Y es que la información suministrada durante el procedimiento de fusión no va dirigida exclusivamente al accionariado, sino que también a otros sujetos como los acreedores y los trabajadores, por lo cual, parte de la doctrina no entiende muy bien que los socios puedan disponer de derechos ajenos, como sucede con la Junta Universal²¹. Incluso se cuestionaba que la Junta Universal fuese competente para decidir de cualquier asunto, y menos cuando hay en juego múltiples intereses como es el caso de una fusión de sociedades. Aunque también cabe preguntarse si no existieran más que socios, y ni siquiera trabajadores, ¿habría que acudir a la solución dada por la DGRN o no sería necesario el depósito del proyecto?

Vista esta primera postura doctrinal, debemos centrarnos en la segunda, con la cual coincidimos más en sus planteamientos. Existen quienes apoyan la Resolución y entienden que abría la puerta de poder prescindir del proyecto de fusión como requisito formal para la realización de la operación²². Otros, sin llegar a este extremo interpretativo, y que critican también en parte la Resolución por adolecer «*de poca claridad y del habitual exceso de timidez del centro directivo*», terminan por hacer una valoración positiva de la Resolución por haber dado una respuesta ajustada y práctica a una incongruencia del sistema legal²³.

La resolución deja sin contestar muchas preguntas, entre ellas no determinaba qué sucedía en aquellos casos en los que no fuera aplicable el procedimiento simplificado del artículo 250 LSA, si serán necesarios los informes de los administradores y de los expertos independientes. Si se aplicara una solución semejante a la que da la DGRN para el depósito del proyecto, podría admitirse la redacción posterior de dichos informes que deberían acompañar a la escritura de fusión para la posterior inscripción (art. 230 RRM)²⁴.

Además, la Resolución no obliga a que el proyecto tenga fecha anterior al acuerdo adoptado, así que el mismo podría ser el producto posterior del contenido de los

²¹ En este sentido, LARGO GIL, R., 1994, cit. pág. 253, y también MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: «La fase decisoria: información sobre la fusión, desarrollo de la junta, publicación del acuerdo de fusión», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. I, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 578.

²² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.): *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, 2ª edición, Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 734.

²³ CABANAS TREJO, R., cit. págs. 23-30.

²⁴ Esta es la solución más coherente y sugerida por CABANAS TREJO, R., cit. pág. 28.

acuerdos adoptados por las sociedades participantes. Más bien parece que la DGRN ha insertado el plazo de un mes previsto para la convocatoria de la junta (art. 240.2 LSA) aunque no tenga ninguna justificación muy clara²⁵.

Si bien la DGRN parece dar un poder de disposición excesivo a los socios sobre los derechos de los demás interesados al permitirles adoptar el acuerdo en Junta Universal, los demás obligacionistas, titulares de derechos especiales y trabajadores, poseen otros mecanismos de defensa (arts. 248 y 243.3 LSA y legislación laboral, respectivamente) distintos de la información suministrada durante la fusión. Por ello, no se debe exagerar la importancia de la convocatoria, a la que parece que el legislador ha parecido vincular con la información no sólo dada a los socios (que es la función principal que cumple la convocatoria), sino también a los demás interesados. Bastaría con el efectivo suministro de información sea cual sea la vía escogida por la sociedad, para evitar males mayores por el uso de los otros medios de tutela con los que cuentan los afectados y que entorpecerían más el procedimiento.

Como podemos ver, la Resolución supuso un importante avance en la simplificación procedimental de la fusión, que aunque no del calado de lo que ha supuesto el artículo 42 –que también tiene importantes incongruencias-, sí que supone un precedente del mismo, si bien previsto para unas circunstancias muy concretas, y que ya parecía reflejar la más que manifiesta necesidad de facilitar las fusiones.

2. Art. 533 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles

Sin duda el antecedente más claro del artículo 42 LME es el artículo 533 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles²⁶. Este precepto no se limitaba a permitir la

²⁵ Considera PÉREZ TROYA, A. que «tampoco la consideración de la fusión como negocio jurídico impide admitir que los socios puedan aprobar la operación en ausencia de proyecto de fusión previo. En la secuencia que describe la resolución dicho proyecto sólo es un documento que se redacta *ad hoc* para cumplir con una *concreta formalidad*, de la cual la DGRN no se atreve a prescindir, aunque sea a desheroa» (PÉREZ TROYA, A.: *La tutela del accionista en la fusión de sociedades*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 363).

²⁶ La propuesta de Código de Sociedades Mercantiles fue preparada por la Comisión General de Codificación (que llevó 8 años de trabajo y se encomendó a los profesores D. Fernando Sánchez Calero, D. Alberto Bercovitz, y D. Ángel Rojo), aprobada el 16 de mayo de 2002 y publicada en noviembre, que tuvo escasa repercusión, a pesar de que ha sido una de las proposiciones de modificación legal más ambiciosa en nuestro derecho mercantil desde hace muchos años, por no decir desde el Código de Comercio de 1885.

celebración de la junta universal antes del depósito, como ya parecía admitir la DGRN, sino que pretendía simplificar sustancialmente el procedimiento de fusión²⁷. El mencionado precepto de la PCSM establecía que «no será aplicable lo dispuesto en los artículos 525 a 530 y en los apartados primero y segundo del artículo 531, cuando las sociedades participantes o resultantes de la fusión no sean sociedades anónimas o comanditarias por acciones y el acuerdo de fusión hubiera sido adoptado en junta de socios con la asistencia o representación de todos ellos y por unanimidad».

La similitud entre este artículo 533 PCSM y el artículo 42 LME es evidente, y no sólo en los aciertos, sino también en los errores. Empezando por la rúbrica del precepto («Acuerdo unánime de fusión»), y siguiendo por el ámbito subjetivo de aplicación de problemática interpretación y terminando por las consecuencias simplificadoras del procedimiento.

Entre las pocas diferencias existentes, destaca que el artículo 533 PCSM se refería en concreto a los artículos excluidos de aplicación, mientras que el nuevo artículo 42 LME hace una referencia más general a los preceptos excluidos de aplicación. Los artículos cuya aplicación se eximían tenían el siguiente contenido:

En primer lugar, el artículo 525 regulaba la exigencia del proyecto de fusión, el plazo para celebración de la junta, el deber de abstención que recae sobre los administradores y la publicidad del proyecto (hoy en día se corresponde con los artículos 30 y 32 LME, sin embargo, no incluía la excepción al momento del depósito si se celebrara junta universal que sí establece el artículo 32.1 LME). El artículo 526 regulaba el contenido del proyecto, que coincide con el artículo 31 LME, excepto por lo que se refiere a sus cuatro últimos números.

En segundo lugar, por lo que se refiere a los informes, el artículo 527 se refería al informe de expertos sobre el proyecto (hoy, art. 34 LME, pero no recogía la posibilidad de renunciar al informe si lo aprueban todos los socios). Y el artículo 528 sobre el informe de los administradores se corresponde con el actual artículo 33 LME.

²⁷ También estudia brevemente el precepto CABANAS TREJO, R., cit. págs. 34-35.

En tercer lugar, el artículo 529 regulaba la información sobre la fusión que había de suministrarse a los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores (similar al artículo 39 LME).

En cuarto lugar, el artículo 530 sobre el balance de fusión, a pesar de cambios relevantes, se corresponde con los artículos 36 a 38 LME.

Y por último, los apartados 1º y 2º del artículo 531 regulaban el contenido del acuerdo y su coincidencia con el proyecto de fusión, y también la convocatoria de la junta (actual artículo 40 LME).

Como ya comentábamos anteriormente, es manifiesta la similitud casi exacta de ambos preceptos, y no se entiende muy bien por qué motivo el legislador no ha tratado de mejorar la redacción del precepto que ya era confusa en este artículo 533 PSCM, y no ha sido más claro a semejanza del legislador italiano como tendremos ocasión de ver más tarde, sino que incluso lo ha empeorado al hacer alusiones generales en vez de mencionar los preceptos concretos exceptuados de aplicación.

3. Directiva 2009/109/CE

La Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican parcialmente las Directivas 77/91/CEE (Segunda Directiva), 78/855/CEE (Tercera Directiva) y 82/891/CEE (Sexta Directiva) del Consejo y la Directiva 2005/56/CE (Directiva sobre fusiones transfronterizas) en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones, supondrá en un futuro cercano la reforma de la LME, ya que la transposición de estas modificaciones a los derechos nacionales debía haberse realizado con fecha límite de 30 de junio de 2011.

Entre las modificaciones que podrán realizar los Estados miembros de las modificaciones estructurales, según posibilita la Directiva 2009/109/CE, encontramos las siguientes:

En primer lugar, se modifican algunos ámbitos del régimen de las fusiones, fusiones transfronterizas y escisiones, sin que la Directiva afecte a las demás modificaciones estructurales (la transformación, cesión global de activo y pasivo y el traslado internacional de domicilio social), aunque pueden verse modificadas imitando el nuevo régimen establecido por la Directiva.

La Directiva pretende reforzar las garantías de los sujetos afectados por la fusión. Así, tendrán derecho los acreedores a obtener al menos garantías adecuadas, cuando la situación financiera de las sociedades de la fusión o escisión, las hagan necesarias para la protección de los acreedores. También se garantiza la transmisión de información a los empleados, autoridades públicas y fiscales.

Entre las novedades más importantes, destaca la posibilidad de publicar el proyecto de fusión (o escisión) y otros documentos que hayan de ponerse a disposición de los socios y acreedores, mediante los sitios web de las sociedades u otros sitios web. La publicidad de los proyectos de las fusiones transfronterizas debe asemejarse a la de las fusiones (o escisiones) domésticas. Además, la Directiva permite prescindir del cumplimiento de los requisitos sobre informes detallados e información de fusiones (o escisiones) si todos los socios de las sociedades participantes en la fusión (o escisión) así lo acuerdan. Asimismo, se podría prescindir de la elaboración de un estado contable cuando un emisor cuyos valores se encuentren negociados en un mercado regulado, publique informes financieros semestrales. Del mismo modo, se posibilita eximir, en caso de fusión o escisión, de la obligación de presentación del informe de peritos independientes cuando ha de elaborarse también un informe pericial independiente para proteger los intereses de socios y acreedores, pudiéndose o bien no presentar aquel informe o que ambos informes sean redactados por el mismo perito. Y por último, se reduce la obligación de presentación de informes en la absorción de sociedad participada, al menos al 90% pero no en la totalidad del capital social, así como en algunas escisiones.

En resumen, podemos ver como la Directiva trata de aportar mayores garantías al procedimiento, a la vez que prevé diferentes formas de simplificar el mismo, permitiendo que las fusiones (o escisiones) sean operaciones más ágiles, y que se conviertan en un mecanismo adecuado para que las sociedades puedan llevar a cabo las reestructuraciones necesarias para conseguir una mayor competitividad. Habrá que

esperar a ver qué modificaciones se llevan a cabo en nuestra LME, y si termina suponiendo una reducción casi del mismo grado de la complejidad del procedimiento que la del artículo 42 LME, pero con mayores garantías y menores inconvenientes.

4. Tramitación parlamentaria del artículo 42 LME

El precepto objeto de estudio, no sufrió grandes modificaciones durante su tramitación parlamentaria. El artículo 40 del proyecto de LME es plenamente coincidente con el texto del actual primer apartado del artículo 42, salvo por la excepción del número de los preceptos a los que remite el artículo.

Sólo había dos enmiendas sobre este artículo, la número 43 del Grupo Parlamentario Popular y la número 93 del Grupo Parlamentario Socialista. Por lo que respecta a la primera, pretendía que se incluyera entre las sociedades excluidas de la aplicación del precepto a las sociedades limitadas. El motivo que se aludió como justificación de la enmienda fue: «*Coherencia*. Debe atribuirse el mismo régimen a todas las sociedades de capital». Si dicha enmienda hubiese sido aprobada, el precepto se hubiera dejado prácticamente inaplicable, y sin razón de existencia, ya que la idea fundamental en la que se basa el artículo es permitir que el procedimiento de fusión se aligere, eximiendo de determinadas formalidades que hace más lento y gravoso el procedimiento, a las sociedades limitadas -que con frecuencia tienen un número de accionistas más reducido que las SA y también suele ser menor el círculo de afectados por la posible operación de fusión que se pudiera llevar a cabo.

Por lo que respecta a la enmienda del grupo Parlamentario Socialista, que sí fue aprobada, supuso la adición del segundo párrafo del vigente artículo 42 LME. La motivación de la enmienda fue la siguiente: «La inaplicación de las normas señaladas en el apartado anterior *no debería restringir*, sin embargo, *los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, que podría ejercitarse de manera efectiva sin necesidad de confeccionar todo aquel dispositivo documental». Es decir, pretendía compatibilizar la simplificación del procedimiento con la necesidad de que los representantes de los trabajadores fueran debidamente informados aunque fuesen por otros medios distintos de los previstos por la Ley.

Durante su paso por el Senado, el artículo 42 no se vio modificado en ningún aspecto adicional.

5. Simplificación procedimental en derecho comparado: el Art. 2505 *quáter* del Codice Civile

El artículo 2505 *quáter* del Código Civil italiano, bajo la rúbrica «Fusiones en las que no participan sociedades con capital representado por acciones», exime de aplicar ciertas normas del procedimiento de fusión, es decir, pretende simplificar el procedimiento. Estudiaremos este precepto por las posibles similitudes que pudiera tener con el artículo 42 LME²⁸.

El tenor literal del artículo traducido es el siguiente: «Si en la fusión no participan sociedades que se rigen por los capítulos V y VI del presente título, ni sociedades cooperativas por acciones, no se aplican las disposiciones de los artículos 2501, segundo párrafo, y 2501-ter, segundo párrafo; las disposiciones del artículo 2501-sexies pueden ser derogadas con el acuerdo de todos los socios de las sociedades participantes en la fusión; los plazos previstos en los artículos 2501-ter, cuarto párrafo, 2501-septies, primer párrafo, y 2503, primer párrafo, se reducirán a la mitad»²⁹.

Como indica la rúbrica del artículo y confirma el texto del mismo, lo dispuesto en el precepto es para aquellas fusiones en las que no participen ni sociedades anónimas (reguladas en el capítulo V), ni sociedades comanditaria por acciones (reguladas en el capítulo VI) ni sociedades cooperativas por acciones. Hace así, una delimitación del ámbito subjetivo de aplicación más clara que el artículo 42 LME. Estudiemos brevemente a continuación cuáles son los preceptos cuya aplicación se exime.

En primer lugar, no serán aplicables los siguientes preceptos:

²⁸ El ordenamiento jurídico alemán también prevé algunas simplificaciones procedimentales pero no se pueden equiparar a nuestro artículo 42 LME, ya que sólo contempla la posibilidad de reducir el contenido del proyecto de fusión y la posibilidad de prescindir en unos determinados casos de los informes de los administradores y el del experto independiente. Al respecto puede verse MARTÍ MOYA, V.: «Sobre la modificabilidad del proyecto y el acuerdo unánime de fusión en la Ley de modificaciones estructurales. El art. 42 LME», *Revista de Derecho de Sociedades*, Núm. 37, 2011-2012, págs. 87-101.

²⁹ Este artículo fue formulado así con la reforma que se llevó a cabo con el Decreto Legislativo 17 de junio de 2003, n.6.

- Art. 2501, párrafo segundo: este precepto impide la participación en la fusión a empresas en liquidación que hayan comenzado la distribución de los activos.
- Art. 2501-*ter*, párrafo segundo: este artículo prohíbe que en caso de tener que realizar un pago en efectivo para ajustar la relación de canje, no pueda superar el diez por ciento del valor nominal de las acciones o unidades otorgadas.

Por tanto, mediante la inaplicación de ambos artículos, se permite exceder el 10% en la compensación en metálico para ajustar el tipo de canje, y la participación en la fusión de empresas en liquidación que ya hayan comenzado la distribución de los activos –lo cual no permite nuestra Ley-.

Además, el art. 2505- *quáter* posibilitaba que, mediante acuerdo unánime de los socios de las sociedades participantes en la fusión, no se aplicaran las disposiciones del artículo 2501-*sexies*. No obstante, dicha mención del precepto fue suprimida por el decreto legislativo n. 147, de 13 de octubre de 2009, de trasposición de la directiva 2007/63, sobre la obligación del informe del experto independiente. Dicho precepto es el que regulaba todos los detalles sobre el informe de los expertos sobre la imparcialidad del tipo de canje: la necesidad del informe, su contenido, su elección, la designación común de experto, deber de información de las sociedades con el experto, y la responsabilidad de éste. Por tanto, dicha previsión del artículo permitía prescindir del informe del experto, pero con el decreto legislativo mencionado carecía de sentido dicha previsión porque ya se generalizaba para todo tipo de sociedades la no exigencia del informe en los casos de unanimidad.

Y por último, los plazos de los siguientes artículos se reducirán a la mitad:

- Art. 2501-*ter*, cuarto párrafo: entre el depósito del proyecto de fusión y la fecha de la decisión sobre la fusión debe transcurrir al menos 30 días, a menos que los socios den su consentimiento unánime. Pasará dicho plazo a ser de 15 días.
- Art. 2501-*septies*, primer párrafo: el depósito de los documentos (el proyecto de fusión, los balances y los informes, y los estados financieros) en la sede de las sociedades participantes en la fusión, durante los treinta días anteriores al acuerdo de

fusión, a no ser que los socios den su consentimiento unánime. Este plazo se verá reducido a 15 días.

- Art. 2503: este precepto regula el derecho de oposición de los acreedores, y establece el plazo de sesenta días para ejercer tal derecho, desde el depósito para la inscripción del acuerdo de fusión. El plazo referido en el artículo será, pues, de 30 días.

Como podemos ver, el precepto comentado (art. 2505 *quáter* del Código Civile), supone una reducción sustancial de las cargas del procedimiento de fusión esencialmente reduciendo importantes plazos a la mitad, para posibilitar que el procedimiento sea más rápido. No supone una descarga de documentación y de formalidades de la dimensión del artículo 42 LME, pero es el precedente más similar en derecho comparado.

III. CUESTIONES PRELIMINARES EN TORNO A LA FUSIÓN

La determinación de la naturaleza jurídica de la fusión no es una cuestión sencilla de dilucidar, y la doctrina no ha sido capaz de dar una respuesta unánime al respecto. Entre las teorías existentes podemos destacar tres. La primera de ellas es la *concepción corporativa*, según la cual la fusión ha de ser considerada un acto corporativo o social que produce, entre otros, los efectos de extinción y de transmisión patrimonial, y que modifica la posición jurídica de los socios. Existe una segunda teoría, la *concepción contractual*, que identifica la fusión con un contrato que despliega sus efectos en la esfera de las estructuras sociales de todas las sociedades intervinientes. Entre estas dos teorías anteriores, existe cierta parte de la doctrina³⁰ que entiende que, si bien la fusión puede poseer un carácter institucional o corporativo, prevalece el aspecto contractual. Desde esta perspectiva, la fusión se configura como un negocio complejo de formación sucesiva en el que concurren dos concretos negocios jurídicos: un contrato preliminar o precontrato que es el proyecto de fusión, y un contrato definitivo, representado por las voluntades manifestadas mediante los acuerdos de las juntas de las sociedades participantes, y que se perfecciona por medio de la escritura de fusión³¹. Se trataría, pues, de un contrato de organización, en los que destacan los rasgos organizadores y normativos de la actividad social, que modifica la base económica, la estructura jurídica

³⁰ Como por ejemplo, MARTÍ MOYA, V., 2010, cit. págs. 185-186.

³¹ Esta es la postura de EMBID IRUJO, J.M., 2001, cit. págs. 2229 y ss.

de la sociedad, el contrato fundacional y las relaciones jurídicas entre los componentes del grupo. Posee unas notas distintivas que lo diferencian del contrato constitutivo de sociedad³².

Y por último, destaca la *concepción procedimental*, que parece ser la más coherente desde nuestro punto de vista y que resulta ser además la más apoyada en España³³. Según esta teoría, la regulación de la fusión se configura en la LME (al igual que ya sucedía en la LSA) como un proceso estructurado en diferentes fases conectadas y correlativas (proyecto de fusión, acuerdos de fusión de las sociedades participantes y formalización e inscripción registral) que cuando concluye, produce una serie de efectos (transmisión a título universal de los patrimonio de las sociedades participantes a una nueva sociedad –fusión por constitución– o a una de las intervinientes –fusión por absorción–, la extinción sin liquidación de todas ellas –salvo la absorbente en su caso–, y los socios de las diferentes sociedades pasan a serlo de la nueva sociedad constituida o de la absorbente –arts. 23 y 24 LME. La fusión es una figura única, que se puede presentar en diversas modalidades (fusión por constitución o por absorción) y que puede desarrollarse en ocasiones mediante un proceso simplificado (arts. 42, 49 y 50 LME).

En el procedimiento reglado a través del cual se desarrolla la fusión, es indudablemente necesario un convenio entre las sociedades intervinientes que permita explicar la producción de los efectos descritos con anterioridad, que no podrían tener justificación en los acuerdos aislados de las sociedades participantes en la fusión³⁴. Ese convenio es el negocio central de la operación³⁵. Dicho negocio central no puede producir los efectos que son propios a la fusión por sí mismo, prescindiendo de las fases establecidas legalmente. Existen posiciones enfrentadas acerca del momento procedimental en el que

³² Así lo considera MARTÍ MOYA, V., 2010, cit. pág. 187.

³³ Sostiene esta postura, SEQUEIRA MARTÍN, A.: «El proyecto de fusión como condicionante del ámbito de los acuerdos a adoptar por las sociedades participantes en una fusión», *Revista de Derecho de Sociedades*, Núm. 12, 1999, pág.198.

También mantienen algunos autores una posición intermedia, al considerar que la fusión presenta un aspecto negocial o contractual (en cuanto que las dos o más sociedades implicadas llegan a un acuerdo bilateral o plurilateral de fusionarse, que a su vez es el resultado de una negociación), y un aspecto procedimental (en cuanto que los específicos efectos que hemos indicado sólo se pueden alcanzar como la consecuencia jurídica de un específico procedimiento regulado en la Ley, que comprende una serie de etapas y requisitos). Así lo entiende GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 120-121.

³⁴ Ésta es la forma en que lo entiende SEQUEIRA MARTÍN, A.: «Fusión de sociedades» en AAVV: *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. por ALONSO LEDESMA, C., Ed. Iustel, Madrid, 2006, págs. 640.

³⁵ Así opina MARTÍ MOYA, V., 2010, cit. págs. 167-168.

situar dicho negocio central de la operación, si se halla en el proyecto o en el acuerdo de fusión. Es decir, lo que se pretende es determinar cuál es el momento jurídico a partir del cual las sociedades ya se encuentran vinculadas entre sí en torno a un contenido negocial inmodificable y del que ninguna de ellas puede separarse bajo pena de incurrir en incumplimiento³⁶.

Es necesario determinar la relación existente entre el proyecto de fusión y el acuerdo de las juntas, si se trata de una relación de instrumentalidad o de complementariedad, y si alguno de ellos es indispensable.

En primer lugar, hay quienes entienden que de todos los negocios que componen el procedimiento de fusión, el acuerdo de fusión debe ser entendido como el negocio central³⁷. Se trataría de un negocio jurídico polivalente, en el cual se puede observar, por un lado, un acuerdo con efectos internos en el que convergen los intereses semejantes de los socios, los cuales dan su respaldo a la fusión mediante el voto en la junta, y por otro lado, una manifestación de voluntad que debe corresponderse con una manifestación paralela por parte de la otra u otras sociedades participantes en la fusión, para que dé lugar a un contrato entre las sociedades.

En cambio, según esta postura no podría entenderse que existe un contrato cuando aún no existe voluntad de obligarse, lo cual sucede con el proyecto de fusión. Por ello, sólo cabe considerar el proyecto de fusión como un precontrato sin ningún valor jurídico distinto al de obligar a los administradores a promocionar y colaborar para que la fusión llegue a buen puerto, por supuesto, evitando no obstaculizar la misma (art. 30 LME). Sería necesario, por tanto, desde esta perspectiva, la manifestación de esa voluntad en la junta de socios para que se origine esa obligación de fusionarse. Sólo la convergencia de esas manifestaciones de voluntad (los acuerdos sociales), es idónea para que surjan los efectos que la ley vincula a la fusión. Y son consecuentemente el otorgamiento de la escritura pública y la inscripción registral, «*consecuencias de un negocio ya perfecto*»³⁸, y que posibilitan su oponibilidad a terceros.

³⁶ Éste es el debate que existe conforme señala SEQUEIRA MARTÍN, A., 1999, cit. pág. 198.

³⁷ Ésta es la posición respaldada por MARTÍ MOYA, V., 2010, cit. pág. 181.

³⁸ En estos exactos términos se pronuncia MARTÍ MOYA, V., 2010, cit. pág. 183.

En segundo lugar, una reputada parte de la doctrina³⁹, considera que el proyecto de fusión, es un negocio celebrado por los administradores, que no vincula a las sociedades hasta que éstas no declaran su voluntad de fusionarse mediante el acuerdo social correspondiente aprobando el proyecto. Todas las sociedades participantes habrán de realizar necesariamente semejante manifestación de voluntad dentro del plazo legal establecido. Debido a que la actuación de los administradores se produce fuera de sus competencias de representación orgánica durante la realización del proyecto de fusión y a que las sociedades sólo quedan vinculadas si lo aprueban, lleva a afirmar que el proyecto es un negocio celebrado en nombre ajeno pero sin poder de representación, y la decisión adoptada en junta posterior supone la ratificación del negocio⁴⁰. El negocio de fusión podemos situarlo, por tanto, en la fase del proyecto común de fusión, siendo necesario los acuerdos de las juntas de las sociedades para ratificar el mismo, quedando condicionada la producción de los efectos a que el proyecto sea aprobado por todas las sociedades participantes dentro del plazo de los seis meses siguientes a la fecha de su suscripción (art. 30.3 LME). Ésta es la ubicación más coherente del negocio de fusión, dada la relevancia para el procedimiento de esa primera fase que es la del proyecto común de fusión, y que éste ha de ser aprobado por la Junta de Socios de cada sociedad participante sin que quepa, en principio, su modificación.

Debemos estudiar ahora si es compatible esta concepción del momento en que se produce el negocio de fusión, con la posible inexistencia de proyecto, tanto en aquellos casos en los que la junta sea universal, como en aquellos otros en los que nos encontremos en el caso del artículo 42 LME. Adelantamos que, en los casos de simplificación procedimental, en los que se eliminan alguna de las fases, no supone necesariamente descartar los planteamientos hasta aquí hechos, sino que simplemente es necesario solventar los problemas interpretativos que se pudiera ocasionar acerca de donde situar en esos casos el negocio de fusión.

³⁹ Como es el caso de SEQUEIRA MARTÍN, A.: «El concepto de fusión y sus elementos componentes», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. I, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 392.

⁴⁰ El conjunto de las ratificaciones mediante la aprobación del proyecto por las juntas de todas las sociedades actúa como una *conditio iuris* de la eficacia definitiva a la que aquél estaba sometida. En esto términos lo expresa SEQUEIRA MARTÍN, A., 2009, cit. pág. 392 y en el mismo sentido ANSÓN PEIRONCELY, R., cit. pág.83.

Por lo que respecta a la junta universal, ya vimos con anterioridad, que si bien parte de la doctrina discrepaba, la DGRN había resuelto en una ocasión ciertamente especial (RDGRN de 30 de junio de 1993) ⁴¹ a favor de prescindir de aquélla fase del proceso con anterioridad a la adopción de los respectivos acuerdos sociales de fusión (aunque el depósito del proyecto se realizara con posterioridad), y la actual regulación de las modificaciones estructurales sí admite en su artículo 32.1 LME la posibilidad de la celebración de junta universal al tratar el depósito y la publicidad registral del proyecto de fusión. El legislador parece que ha querido impedir por regla general las *fusiones instantáneas*, mediante la prohibición de la publicación y celebración de convocatorias de juntas con anterioridad «a que hubiese quedado efectuado el depósito del proyecto» (art. 32.1 LME). No obstante, como hemos indicado, se ha permitido como supuesto excepcional que no existirá tal prohibición cuando se trate de la celebración de la junta universal (art. 32.1 *in fine*). Parece desplazar la existencia de juntas universales, la necesidad del proyecto común de fusión, siempre y cuando todas las sociedades intervinientes actúen de igual forma, ya que si una sola de ellas no lo hace será necesario el proyecto de fusión, al serles aplicables el régimen general de fusión que sí exige tal proyecto ⁴².

Admitida la posibilidad de la no existencia del proyecto de fusión cuando la adopción de acuerdos se lleve a cabo mediante la celebración de juntas universales, esto imposibilita que el negocio de fusión se sitúe en esa fase. En este caso, el negocio se perfeccionaría mediante el otorgamiento de escritura pública, ya que es en ese momento cuando confluye la manifestación de voluntad de todas las sociedades participantes de fusionarse.

Por otro lado, nos encontramos con el supuesto verdaderamente relevante para nuestro estudio, el «*acuerdo unánime de fusión*» del artículo 42 LME, que puede ser diferente, como veremos más adelante, al adoptado en junta universal. El precepto que es inaplicable en principio cuando las sociedades participantes o resultantes de la fusión sean anónimas o comanditarias por acciones, supone una simplificación del

⁴¹ Recordemos que se trataba de un supuesto de absorción de sociedad íntegramente participada y en la que sólo había socios y ninguna otra clase de interesados diferentes que fueran titulares de derechos de naturaleza societaria.

⁴² Así lo entiende SEQUEIRA MARTÍN, A., 2009, cit. págs. 393-394.

procedimiento de fusión⁴³ para aquellos casos en los que la sociedad adopta el acuerdo con la presencia o representación en junta de todos los socios y por unanimidad. El aspecto fundamental de este precepto es el requisito de la doble unanimidad: respecto a la asistencia de socios y en la adopción del acuerdo. Entre las principales consecuencias asociadas al precepto destaca la posibilidad de ausencia del proyecto de fusión, siempre y cuando, las condiciones establecidas por el artículo 42 LME se den en todas las sociedades participantes, ya que sino sería aplicable las reglas generales sobre el proyecto.

En el caso del artículo 42 LME, al producirse la ausencia de proyecto común de fusión, el negocio de fusión al igual que en el caso de la celebración de juntas universales, no podría situarse en el proyecto debido a su inexistencia. El momento realmente vinculante para las sociedades intervinientes se ubicaría en el otorgamiento de escritura pública de fusión por todas ellas, ya que es en ese instante cuando coincide la voluntad de todas las sociedades sobre el contenido de la fusión⁴⁴.

El negocio de fusión existe antes de la escritura pública de fusión, por lo que ésta es solamente necesaria para poder efectuar la inscripción de la nueva sociedad o la modificación estatutaria de la absorbente, y para que se produzca a su vez la eficacia propia de la fusión (art. 46.1 LME). Si se admitiera la perfección del negocio de fusión con la formalización de la escritura se estaría posibilitando que cualquier sociedad pudiera desvincularse del proceso hasta ese momento⁴⁵. Esto sólo será admisible en los casos en los que no sea necesario el proyecto de fusión porque así lo permita la ley, puesto que ante la ausencia del proyecto común de fusión, es en la escritura pública donde coinciden por primera vez las voluntades de las sociedades intervinientes.

⁴³ Surge la cuestión de qué sucede en aquellos casos en los que la simplificación procedimental se produce, como es en el caso de las «fusiones especiales» de los artículos 49 y 50 LME, por lo que respecta a los acuerdos de fusión de los que se puede carecer en el caso de las sociedades absorbidas. Cabe entender que el proyecto debe seguir siendo concebido como el negocio central de la fusión, que requiere una posterior ratificación de las sociedades participantes, con independencia de que esta ratificación sea expresa o presunta. Es decir, en estos casos, el proyecto de fusión sería ratificado por la junta de la absorbente de forma expresa, y conforme a la presunción legal establecida para esos supuestos, se entendería también ratificada por las absorbidas. En similares términos lo expresa SEQUEIRA MARTÍN, A., 2009, cit. pág. 400.

⁴⁴ Para ser congruentes con la interpretación dada en el caso de celebración de juntas universales es el único momento en que se puede ubicar el negocio de fusión, así lo considera SEQUEIRA MARTÍN, A., 2009, cit. pág. 392.

⁴⁵ Esta es la interpretación de SEQUEIRA MARTÍN, A., 2009, cit. pág. 404.

IV. REQUISITOS DE APLICABILIDAD

1. Ámbito subjetivo de aplicación

i. Problemática interpretativa del precepto

La LME es aplicable a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución⁴⁶ (art. 2 LME). La Ley no determina expresamente cuáles son los distintos tipos de sociedades o entidades que pueden participar en una fusión, a diferencia de lo que sucede en sede de transformación (art. 4 LME). El artículo 22 se limita a nombrar a las sociedades mercantiles, estableciendo que la fusión de dos o más sociedades mercantiles inscritas sometidas a la ley española se regirá por lo establecido por la LME⁴⁷ (art. 27.1 LME). Al permitir la participación en la fusión de cualquier sociedad mercantil, se está posibilitando las llamadas fusiones heterogéneas, es decir, aquellas en las que participan sociedades de distinto tipo, incluso sociedades personalistas junto con sociedades de capital y cualquiera otra combinación⁴⁸.

Como podemos ver, el ámbito subjetivo de aplicación de la LME, y más concretamente del régimen jurídico de la fusión, es amplio. No obstante, la aplicación del artículo 42 LME supone una restricción importante del ámbito subjetivo general de la Ley. Así, el artículo 42 LME establece que «*Cuando las sociedades participantes o la sociedad resultante de la fusión*⁴⁹ *no sean anónimas o comanditarias por acciones* y el acuerdo de fusión hubiera sido adoptado en junta de socios con la asistencia o representación de

⁴⁶ El segundo párrafo del precepto dispone que «Las modificaciones estructurales de *las sociedades cooperativas*, así como el traslado internacional de su domicilio social, *se regirán por su específico régimen legal*».

⁴⁷ El segundo apartado del artículo 27 establece que «La *fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad* se regirá por lo establecido en las *respectivas leyes personales*, sin perjuicio de lo establecido en el Capítulo II sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias y, en su caso, del régimen aplicable a las sociedades anónimas europeas».

⁴⁸ Se debe entender que cada modificación estructural es autónoma, por lo que en la fusión de sociedades heterogéneas no habrá que acumular los procedimientos de fusión y transformación, sino aplicar el de la primera. Esto puede plantear algunos problemas en relación con sus efectos, por ejemplo, por lo que respecta a la posibilidad de que exista el derecho de separación para los socios que pasan a integrarse en una sociedad de tipo distinto al suyo original. Esta es la acertada interpretación de GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 125-126.

⁴⁹ Para la LME sociedades que se fusionan son todas las implicadas, menos la nueva que se cree (aunque hay excepciones, art. 31.5º LME), y sociedad resultante de la fusión es tanto la nueva sociedad creada, como la absorbente. Así lo aclara CABANAS TREJO, R., cit. págs. 37-38.

todos ellos y por unanimidad, no serán aplicables las normas generales que sobre el proyecto y el balance de fusión se establecen en las Secciones II y III de este Capítulo [...]».

El artículo 42 LME es un precepto bienintencionado que trata de simplificar el procedimiento de fusión, pero que tiene una redacción defectuosa. El legislador ha intentado, al igual que sucede en Italia (artículo 2505-*quáter Codice Civile*), dar un tratamiento diferenciado para ciertos tipos societarios –apartándose así de la 3ª Directiva que apuesta por una disciplina más homogénea-, para facilitar sobre todo la fusión de sociedades cerradas de pequeñas dimensiones⁵⁰.

La interpretación de la primera frase del precepto es complicada por la escasa claridad de la misma. En una primera aproximación al artículo, parece que el legislador ha querido referirse a que ninguna de las sociedades intervinientes puede ser una sociedad anónima o comanditaria por acciones. No obstante, la infortunada inclusión de la conjunción «o» nos puede conducir a una errónea comprensión del precepto, entendiendo que la norma es aplicable si se da cualquiera de los dos supuestos separados por dicha conjunción⁵¹. Esto significaría que si la sociedad resultante de la fusión no es una SA o SComA (aunque sí lo sea alguna de las otras sociedades intervinientes) el artículo les sería aplicable⁵². Además, la referencia a que «*las sociedades participantes*» no sean SA o SComA parece indicar que sólo se excluye aquellos supuestos en los que todas las sociedades intervinientes sean de los indicados tipos sociales. Si la verdadera voluntad del legislador era que ninguna de las sociedades que interviniesen fuera una SA o SComA, la redacción correcta habría sido «*cuando ni*

⁵⁰ En este sentido, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., cit. pág. 573.

⁵¹ La doctrina considera que no se trata de dos supuestos separados, sino complementarios, que se han encadenado para asegurar una cobertura total. En este sentido, CABANAS TREJO, R., cit. págs. 37-38 y ARROYO VENDRELL, T.: «Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», *Derecho de los Negocios*, Núm. 229, 2009, edición electrónica, pág. 7.

⁵² En la práctica se han dado estos supuestos, por ejemplo, en el BORME núm. 199, lunes 19 de octubre de 2009, pág. 32266 (JARDIPARK, SRLU –sociedad absorbente, STILCON, SAU –sociedad absorbida) y BORME núm. 221, jueves 18 de noviembre de 2010, pág. 36026 (AQUICULTURA ELS ALFACS, SRLU –sociedad absorbente, CRÍA DE PESCADO, SAU –sociedad absorbida, AQUICOSTA, SRLU –sociedad absorbida), donde aún participando una SA se acogían expresamente al procedimiento del artículo 42, por entender que era aplicable al ser el tipo social de la *sociedad resultante* distinto a SA y SComA y por asistir todos los socios a las juntas y darse el requisito de la unanimidad en la votación.

las sociedades participantes ni la resultante sean anónimas o comanditarias por acciones»⁵³.

Sin embargo, si se pretende proteger los derechos de los socios y los terceros que mantienen relaciones con una SA o SComA, no se puede interpretar de esta manera el precepto. Con que intervenga una sola sociedad anónima (o SComA), aunque sea la sociedad de nueva creación, en la que no existen propiamente dichos socios ni otros interesados diferentes a los de las sociedades que se fusionan, no será aplicable este artículo⁵⁴.

Si se permitiera la aplicación del precepto a supuestos de fusión con intervención de alguna SA o SComA se estaría infringiendo lo establecido en la 3ª Directiva, ya que ésta no admite todas las simplificaciones del artículo 42. La reforma llevada a cabo por la Directiva 2009/109/CE en aquélla Directiva, únicamente posibilita prescindir del balance y del informe de administradores cuando media acuerdo unánime de los socios. Por todo ello, la única interpretación posible y acorde con la normativa comunitaria, es que no es posible aplicar el precepto a las fusiones en las que intervenga alguna SA o SComA, ya sea como sociedad resultante o como absorbida, al igual que establece más claramente el artículo 2505-*quáter* del Código Civil italiano.

A pesar de que la reforma introducida por la Directiva 2009/109/CE nos podría llevar a plantearnos alguna otra interpretación del precepto⁵⁵, es claro que el legislador español no era conocedor de la reforma que se iba a llevar a cabo con la Directiva de 2009,

⁵³ Esta es la lógica redacción que sugiere GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 256.

⁵⁴ Entiende MARTÍ MOYA, V., 2011-2012, pág. 91, que en términos de *lege ferenda*, quizás hubiese sido conveniente que el legislador hubiese previsto la aplicación del artículo 42 LME para aquellos casos en los que las sociedades participantes no son ni SA ni SComA aunque sí lo sea la resultante de nueva creación.

⁵⁵ La Directiva 2009/109/CE permite prescindir del informe de administradores y del balance de fusión en el caso de acuerdo unánime en todas las sociedades. Sin embargo, no se exige en este caso de la elaboración del proyecto de fusión ni de su publicidad, ni de las demás normas de procedimiento. Esa modificación lleva a plantearse la cuestión de si es posible adoptar otra interpretación del art. 42 acorde con estas posibilidades (para los casos de fusión con intervención de una SA). En todo caso, sólo sería posible en el supuesto de acuerdo unánime en todas, y que el efecto de simplificación se referiría solo al informe de administradores y al balance, que tampoco, como es lógico, habrían de ser puestos a disposición de socios e interesados conforme al art. 39. No parece que esa simplificación sea muy relevante, pero sí lo puede ser en el caso de que alguna participante sea una anónima con obligación de auditar. Si en el momento de la fusión no sirve el último balance anual, esto obligaría a elaborar un nuevo balance y a auditarlo con las consiguientes demoras y gastos, que no estarían justificados para un documento puramente informativo al que están dispuestos a renunciar todos los socios. Esta es la interpretación realizada por GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 257-258.

posterior a la LME, y que el artículo 42 LME debe entenderse en el sentido que ya hemos indicado, imposibilitando su aplicación en los casos en los que participe o resulte de la fusión una SA o una SComA. Lo oportuno es esperar a que el legislador realice la demandada reforma de la LME para la trasposición de la Directiva comunitaria.

El artículo 42 LME nos obliga a diferenciar, por tanto, dos supuestos, según participe o resulte una sociedad anónima o comanditaria por acciones, o no.

En el primer caso, el régimen general de la fusión debe aplicárseles sin excepciones, es decir, cuando sea anónima o comanditaria por acciones la sociedad resultante de la fusión (aunque no lo sean las participantes) o cualquiera de las participantes (aunque no lo sea la resultante)⁵⁶. En estos casos, sin perjuicio de lo que especificaremos a continuación, deberá cumplirse todo el proceso de fusión, ya que así se deduce del artículo 42 LME en sentido contrario.

En el segundo caso, esto es, cuando ni la sociedad resultante de la fusión ni ninguna de las participantes fuera anónima o comanditaria por acciones, y a la junta que acordara la fusión asistieran todos los socios y la adopción del acuerdo fuera por unanimidad, entonces el artículo 42 LME dispensa de todas las normas a las que alude, y que son exigibles en el caso contrario.

Es ineludible la cuestión de qué sucede con aquellas otras sociedades que no tengan la forma de SA o SComA y que participen en el proceso junto a otras que sí revistan estas formas sociales, esto es, si es posible la aplicación del precepto en el caso de fusiones heterogéneas (SA o SComA con otros tipos de sociedades –de responsabilidad limitada o de personas). Muy posiblemente se ha pretendido que el supuesto de hecho sea coincidente con el del artículo 2505-*quáter* del Código Civil italiano, es decir, el de aquellas fusiones en «*las que no participan sociedades*» con acciones (ni SA ni SCA). Pero no se ha especificado qué sucede en estos casos y dado la escasa claridad de la que adolece el precepto, no es fácil determinar si es posible prescindir de la aplicación de

⁵⁶ Esta es la opinión de ÁVILA NAVARRO, P.: *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Ley 3/2009*, Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, págs. 406-407.

algunas de las exigencias del régimen general de la fusión dependiendo del tipo de sociedad implicada y de la aprobación de la fusión a través de acuerdo unánime⁵⁷.

Aquellas necesidades que sean comunes entre todas ellas deberán realizarse obligatoriamente, como la suscripción del proyecto común de fusión con el contenido mínimo legal (obligatorio para las SA por mandato de la 3ª Directiva) y su depósito en el Registro mercantil. Esto sucederá en aquellos aspectos en los que no haya exenciones individuales como los citados anteriormente, pero en aquellos otros en los que el régimen aplicable depende del tipo social de cada sociedad, podrían aplicarse las exenciones del artículo 42 LME⁵⁸.

Así por ejemplo, la junta de cada una de las sociedades que adoptan el acuerdo, lo harán conforme «con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de las sociedades que se fusionan» (art. 40.1 LME). Esto nos conduce a que la inaplicación general del artículo 42 LME, no supondrá la incompetencia de la junta universal para adoptar esta clase de acuerdos, pudiendo eludirse la convocatoria formal para la celebración de la junta⁵⁹. Como algunos autores⁶⁰ distinguen, la primera frase del precepto establece la regla de inaplicabilidad de las normas generales sobre el proyecto y el balance de fusión; y la segunda oración del mismo párrafo, prevé una serie de consecuencias consustanciales a la adopción del acuerdo por unanimidad, ya que por regla general, en estos casos no habrá existido convocatoria formal de la junta, ni se habrá suministrado información vinculada a la misma. Además, respalda esta interpretación la literalidad del artículo 32.1 LME que permite expresamente la celebración de la junta universal antes de que se produzca el depósito del proyecto de fusión («la publicación de la convocatoria de las juntas de socios que hayan de resolver

⁵⁷ Estas carencias del precepto las pone de manifiesto MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., cit. pág. 573.

⁵⁸ En este sentido, SEQUEIRA MARTÍN, A., 2009, cit. pág. 395 y CABANAS TREJO, R., cit. págs. 38-39.

⁵⁹ Merece la pena citar a MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., cit. pág. 573 cuando dice que «en cambio, *no veo tan claro que una SRL que decide por acuerdo unánime fusionarse con una SA, deba necesariamente cumplir con aquellas exigencias que se plantean singularmente para cada sociedad*, y que no comprometen el cumplimiento por la SA implicada de todo el dispositivo imperativo conducente al acuerdo de fusión. Me refiero, básicamente, a las normas relativas a la publicidad de la convocatoria y al derecho de información de los socios con ocasión de ella». Mantiene también esta postura CABANAS TREJO, R., cit. pág. 39.

En contra, ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 407, «en todos esos casos *el acuerdo no se puede tomar en junta universal* (se puede tomar en una junta a la que asistan o estén representados todos los socios, y por unanimidad, o no; pero lo que caracteriza a una junta universal no es sólo eso, sino la ausencia de convocatoria); deberá cumplirse todo el proceso de fusión».

⁶⁰ Así lo hace CABANAS TREJO, R., cit. pág. 39.

sobre la fusión no podrá realizarse antes de que hubiese quedado efectuado el depósito» del proyecto de fusión en el RM del domicilio social, «salvo que se trate de la celebración de *junta universal*»).

En conclusión, después de la incorporación de la regla del artículo 42 LME, no cabe duda que las demás sociedades no anónimas ni comanditarias por acciones participantes en la fusión, podrán adoptar sus acuerdos en junta universal conforme a sus particulares reglas de funcionamiento y siguiendo la especialidad temporal que establece el artículo 32.1 LME para el depósito del proyecto en el registro mercantil⁶¹.

¿Es posible dar esa misma solución a la sociedad anónima y a la sociedad comanditaria por acciones?⁶² Tanto el artículo 32.1 LME que no hace distinción alguna de las sociedades a las que es aplicable su previsión de celebrar una junta universal para adoptar el acuerdo de fusión, como los argumentos dados por la DGRN en su famosa resolución ya comentada, apuntan a admitir que las sociedades que tengan estas formas sociales también pueden celebrar juntas universales con este fin⁶³. No cabe alegar el interés de otros interesados que no sean socios, ya que éstos podrían recibir la información necesaria por otras vías. En este sentido parece ir la Directiva 2009/109/CE, cuando en su Considerando (6) afirma que «los Estados miembros deben estar facultados para establecer que *no es necesario cumplir con los requisitos sobre informes detallados e información respecto de las fusiones y escisiones [...], si todos los accionistas de las sociedades afectadas por la fusión o la escisión acuerdan que puede prescindirse de tal cumplimiento*».

ii. Breve mención a las particularidades de ciertos tipos societarios y la posible aplicación del precepto a otras entidades

Como hemos visto, el artículo 42 LME sólo es aplicable al resto de sociedades mercantiles que no revistan la forma de sociedad anónimas ni comanditaria por

⁶¹ Por eso, el límite de los seis meses del artículo 30.3 LME tiene en cuenta la fecha del proyecto de fusión, no la de su depósito en la oficina, conforme señala CABANAS TREJO, R., cit. pág. 40.

⁶² En contra de esta posibilidad, ÁVILA NAVARRO, P., cit. págs. 406-407.

⁶³ En este sentido, GARRIDO DE PALMA, V. M.: «Fusión», en GARRIDO DE PALMA, V.M.: *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 110, considera que con cierto esfuerzo puede armonizarse el régimen legal considerando que el artículo 32 es también aplicable a los supuestos en que no lo es el artículo 42 LME.

acciones, es decir, a la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad colectiva y la comanditaria simple, si bien también se puede incluir, aunque ha sido muy discutido por la doctrina, a la agrupación de interés económico⁶⁴.

Podría surgir algún tipo de duda en cuanto a que el artículo 42 LME hace referencia a un acuerdo *adoptado en junta de socios* y la posibilidad que tienen algunos tipos societarios de adoptar acuerdos sin necesidad de reunirse en asamblea⁶⁵. En primer lugar, la sociedad colectiva puede llevar a cabo de cualquier forma la agregación de las voluntades individuales, pudiendo ser a través de declaración escrita, u oral, e incluso de forma tácita o mediante hechos concluyentes⁶⁶. Debe considerarse indiferente que el consentimiento se preste de forma escrita en vez de en la reunión de la junta⁶⁷.

El segundo caso problemático podemos encontrarlo en el artículo 10.1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, que establece que «los acuerdos podrán adoptarse en *asamblea de socios, por correspondencia o por cualquier otro medio* que permita tener constancia escrita de la consulta y del voto emitido por los socios», por lo cual, no es obligatorio la reunión en asamblea de socios y hemos de aplicarle las mismas consideraciones hechas para la sociedad colectiva.

Por lo que respecta a los socios comanditarios, el artículo 229.1 II párrafo RRM remite a lo dispuesto en la escritura social, debiendo entenderse que es necesaria su intervención en asuntos tan importantes como la fusión, así como para exonerar a la

⁶⁴ Después de estudiar las distintas posturas doctrinales, y basándose en la derogación que realiza la LME de la norma que específicamente regulaba la fusión de la AIE, defiende su inclusión dentro de las sociedades mercantiles CABANAS TREJO, R., cit. pág. 42.

También considera posible la fusión de las AIE con cualquier tipo de sociedad mercantil, pudiendo ser la sociedad resultante (ya sea la absorbente o de nueva creación) tanto una sociedad mercantil como una AIE, GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 127, que se basa especialmente en que en sede de transformación sí que se prevé expresamente (art. 4.2 LME).

⁶⁵ Este problema lo pone de manifiesto CABANAS TREJO, R., cit. págs. 42-43.

⁶⁶ Así se deduce de lo dicho por BUSTILLO SAIZ, M^a del M.: «Acuerdo social», en AAVV: *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. por ALONSO LEDESMA, C., Ed. Iustel, Madrid, 2006, págs. 126: «en el ámbito de las sociedades de personas el CCom no ha generalizado (arts. 229 y 232) que las decisiones de los socios tengan lugar en junta, consecuentemente, *a falta de otra previsión, los socios pueden adoptar acuerdos sin forma colegial, sin reunión en junta y por unanimidad*, en cuyo caso la perfección del acuerdo depende de la participación y coincidencia de todos, generalmente en forma sucesiva».

⁶⁷ El artículo 229.1 RRM exige que la escritura pública de fusión contenga «el consentimiento de todos los socios colectivos», pero ello no equivale a que sean otorgantes de aquélla. La escritura se otorga por las sociedades (por sus representantes), y la acreditación de aquel consentimiento es tema distinto. Así lo considera CABANAS TREJO, R., cit. págs. 42-43.

sociedad parcialmente de los requisitos procedimentales establecidos por la Ley para llevar a cabo la operación⁶⁸.

La posible participación de otras entidades distintas a sociedades mercantiles en una fusión no está prohibida por la ley, sin embargo, tal posibilidad habrá de ser contemplada en su propia regulación⁶⁹. Además, tanto el artículo 22 como el 27 LME disponen que la fusión consiste en que dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad, pero no determinan la naturaleza de esta nueva sociedad, que se ha de inscribir en el registro mercantil como consecuencia de la fusión⁷⁰. En la práctica se han producido casos en los que las entidades participantes en la fusión, no revestían formas sociales mercantiles, como por ejemplo sociedades agrarias de transformación⁷¹.

Es criticado por la doctrina, el nulo tratamiento que efectúa la LME sobre la posible participación en una fusión de otras entidades distintas a sociedades mercantiles, y que se pueda interpretar que es obligatoria la previa transformación, por ejemplo, de una sociedad civil en una sociedad mercantil para poder llevar a cabo una fusión. Sería más acorde con el régimen previsto para la transformación, que sea también posible la integración mediante fusión de una sociedad civil en una sociedad mercantil (art. 4 LME)⁷². La posible aplicación del artículo 42 LME habrá de entenderse posible, no sin dificultad, aplicando lo anteriormente dicho para las sociedades colectivas⁷³.

⁶⁸ Esta es la opinión que también mantienen CABANAS TREJO, R., cit. pág. 43 y PAZ-ARES, C. «La sociedad en comandita», en AAVV, *Curso de derecho Mercantil*, dir. por R. URÍA y A. MENÉNDEZ, t. I, Cizur Menor, 2006, pág. 751.

⁶⁹ GONZÁLEZ-MENESES y M.; ÁLVAREZ, S., cit. pág. 126.

⁷⁰ No obstante, la obligatoria inscripción en el Registro Mercantil que se ha de efectuar, no supone la necesaria forma mercantil de la nueva sociedad resultante.

⁷¹ Cita CABANAS TREJO, R., cit. pág. 43, entre otras, la consulta de la Subdirección General de Impuestos sobre las Personas Jurídicas de 23 de diciembre de 1999 (2430-99) en un caso de escisión.

⁷² Así lo consideran autores como GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 127, al decir que «el ámbito subjetivo que la ley permite para la transformación es el que debe admitirse para la participación de sociedades en las demás modificaciones estructurales. Partiendo de que las normas de la transformación no permiten la transformación de sociedad mercantil en civil -a diferencia de la antigua LSRL-, es coherente que no se admita que la sociedad beneficiaria de la fusión sea una sociedad civil. No obstante, no parece muy justificado que no se admita la operación indicada (fusión de una sociedad civil en una sociedad mercantil)».

En contra de esta interpretación, SEQUEIRA MARTÍN, A. «Fusión heterogénea», en AAVV. *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. por ALONSO LEDESMA, C., Ed. Iustel, Madrid, 2006, pág. 650, que considera que la transformación no condiciona el ámbito subjetivo de la fusión, pues «se trata de dos instituciones claramente diferenciadas entre sí por sus consecuencias».

⁷³ CABANAS TREJO, R., cit. pág. 45.

Procede que nos pronunciemos ahora sobre la posible participación de una cooperativa. El artículo 4 LME establece la posible transformación de una sociedad cooperativa en una sociedad mercantil, y la situación inversa. Dado que, a pesar del silencio de la LME en materia de fusión al respecto, el ámbito subjetivo de la transformación debería ser aplicable al resto de modificaciones estructurales, habría de admitirse la participación de una cooperativa en una fusión con sociedades mercantiles, siempre que su propia regulación lo permita (art. 7 LME).

La Ley General de Cooperativas 27/1999, de 16 de julio, prevé en su artículo 63 la fusión de una cooperativa con otra cooperativa, y en su artículo 67 regula las fusiones heterogéneas («Fusión especial» según la rúbrica del precepto), por la que es posible la fusión de una cooperativa con sociedades civiles o mercantiles de cualquier clase. Éste último precepto dispone que será de aplicación para las fusiones heterogéneas, la normativa reguladora de la sociedad absorbente o que se constituya como consecuencia de la fusión. No obstante, en cuanto a la adopción del acuerdo y las garantías de los derechos de socios y acreedores de las cooperativas participantes, se estará a lo dispuesto para el régimen general de fusión de cooperativas establecido en los artículos 64 a 66 de la LCoop.

Por lo que respecta a las legislaciones autonómicas sobre cooperativas, el régimen de la fusión previsto en ellas es muy diferente, así unas permiten la fusión de cooperativas con un variado grupo de entidades y otras son muy restrictivas. Todas ellas prevén las fusiones entre cooperativas (algunas con el límite de que las cooperativas tengan objetos sociales no incompatibles), pero no todas, en cambio, admiten las fusiones heterogéneas.

Como podemos ver, no parecen existir problemas para admitir, al menos en cuanto a la legislación estatal se refiere, la posibilidad de una fusión heterogénea, en la que participen cooperativas y sociedades mercantiles. Sin embargo, si parece más problemática la aplicación del artículo 42 LME a estas fusiones⁷⁴. La dificultad fundamental reside en que la LCoop ya establece un procedimiento propio de fusión

⁷⁴ Es discutible si es aplicable en lo que proceda a las fusiones heterogéneas de sociedades cooperativas autonómicas con sociedades mercantiles el artículo 42 LME. La doctrina ha tratado de justificar su aplicación, por ejemplo, acudiendo a la analogía o al principio de suplencia del Estado en sus relaciones con las CCAA que consagra el artículo 149.3 CE. Así, CABANAS TREJO, R., cit. págs. 71-72.

(arts. 63 a 66 LCoop), que regula el proyecto de fusión, la información que hay que proporcionar a los socios, la antigüedad del balance de fusión, etc⁷⁵. Además, la LCoop no prevé una exención similar a la establecida en el artículo 42 LME para el supuesto de unanimidad, por lo que se cuestiona si es posible eximir de ciertos requisitos comunes a todas las sociedades participantes en la fusión aunque alguna de ellas se rija por aquella legislación, ya que el artículo 2. II párrafo LME establece que las modificaciones estructurales de las sociedades cooperativas «se registrarán por su específico régimen legal».

La respuesta más coherente es entender que como la LCoop remite a la normativa reguladora de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad cuando se trate de fusiones especiales –entiéndase heterogéneas- (artículo 67. II párrafo), en ese caso, si la sociedad resultante de la fusión es mercantil, y cumple con las condiciones del artículo 42 LME, le podrá ser aplicable el régimen simplificado de dicho precepto. Esto es, podrán adoptar los acuerdos sociales sin necesidad de proyecto de fusión previo, sin el informe del consejo rector y sin el límite temporal establecido respecto del balance. El artículo 67 LCoop remite a lo establecido para la adopción del acuerdo de la cooperativa participante a lo previsto en el artículo 64, pudiendo revestir su asamblea general el carácter de universal como así permite el artículo 23.5 LCoop, que no prohíbe expresamente esta forma de constitución de la asamblea para adoptar determinados acuerdos. Por lo que respecta al proyecto, éste es un requisito previo a la adopción del acuerdo, al que no se refiere el artículo 67 ni siquiera para remitirse al régimen general de las cooperativas, por lo que si entendemos que éste no constituye una garantía esencial para los socios y acreedores –que cuentan con el derecho de voto y el derecho de oposición respectivamente-, podría excluirse como permite el artículo 42 LME⁷⁶.

En cambio, si la sociedad absorbente o la nueva sociedad es una cooperativa y además participa –en este segundo caso- una cooperativa, no es posible la aplicación del artículo

⁷⁵ El depósito del proyecto de fusión en el registro de cooperativas no se ha previsto y el informe de los consejos rectores se refieren a la conveniencia y efectos de la fusión proyectada, y no al proyecto de fusión como tal, como destaca CABANAS TREJO, R., cit. pág. 46.

⁷⁶ Además, tanto éste como el informe no se tienen que presentar posteriormente en el registro de cooperativas, por lo que no se someten a un control externo. Esta es la interpretación también mantenida por CABANAS TREJO, R., cit. págs. 47-48.

42 LME –quedando a salvo la posibilidad de adoptar los acuerdos en junta universal⁷⁷. Debemos mantener las exigencias de la legislación propia de las sociedades que se extinguen para la adopción de los acuerdos y las garantías de los derechos de socios y acreedores si interpretamos el artículo 67.II párrafo LCoop en un sentido recíproco. No obstante, pueden surgir problemas por lo que respecta a si es necesario el depósito del proyecto de fusión o no al no exigirlo la LCoop y si deben ser mantenidos, por ejemplo, el informe de los administradores conforme lo configura la LME para suministrar la suficiente información a los socios de las sociedades mercantiles participantes al no poseer éstos un derecho de separación como sí que lo tienen los de las cooperativas⁷⁸.

Ciertas regulaciones sectoriales limitan o favorecen la fusión, reconociendo el artículo 29 LME su aplicación («serán de aplicación a las fusiones mercantiles los requisitos que, en su caso, se exijan en la legislación sectorial»). En primer lugar, podemos hacer mención a las entidades de crédito. La nueva DA 3ª de LME (introducida por la Ley 27/2009 de 29 de diciembre) bajo la rúbrica «Régimen aplicable a las operaciones de fusión, escisión y cesión global o parcial de activos y pasivos entre entidades de crédito», permite la fusión homogénea (entre entidades de crédito) con sujeción a la LME y la escisión y cesión global heterogénea a favor de cualquier entidad de crédito⁷⁹. Además, prevé en su segundo apartado una cesión global parcial.

Al seguir refiriéndose a la legislación sectorial, las normas específicas que seguirían siendo aplicables serían las siguientes entre otras⁸⁰: 1) Los bancos solo podrían fusionarse entre sí y, en ciertos casos, con cajas de ahorro o cooperativas de crédito. Además, requiere la autorización del Ministerio de Economía conforme al artículo 1 del RD 1245/1995, de 14 de julio; 2) Las Cajas de ahorro se puede fusionar entre sí siguiendo el procedimiento establecido en el RD 798/1986, de 31 de marzo y la DA 3ª

⁷⁷ Cuando todas las sociedades que se fusionen sean mercantiles, y aunque la nueva sea una cooperativa, habrá de ser aplicable la LME, y con ello el artículo 42 de la misma si concurren sus presupuestos (CABANAS TREJO, R., cit. págs. 48-49).

⁷⁸ El informe de expertos ni se plantea, al ser la resultante una cooperativa, aunque tampoco es cuestión pacífica en la doctrina para la fusión homogénea (CABANAS TREJO, R., cit. págs. 48-49).

⁷⁹ Parece que la finalidad es facilitar las modificaciones estructurales de las entidades de crédito, y más concretamente el saneamiento de este modo de determinadas cajas de ahorro. En realidad, no está claro que aporte nada nuevo al art. 29, pues sigue dejando a salvo la legislación sectorial. Así lo entiende GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 129.

⁸⁰ Seguimos la enumeración realizada por GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., págs. 129-130.

LME⁸¹; 3) Las Cooperativas de Crédito pueden fusionarse con otras cooperativas –ya sean de crédito o no-, y con otras entidades financieras que las puedan absorber (RD 84/1993, de 22 enero); 4) Por lo que respecta a los establecimientos financieros de crédito, el RD 692/1996, de 26 de abril y el RD 1309/2005, de 4 de noviembre remite a la normativa de la sociedad anónima, lo cual debe entenderse hoy remitido a la LME. Además, es necesaria la previa autorización de la CNMV; y 5) Las instituciones de inversión colectiva sólo pueden fusionarse si pertenecen a la misma clase (art. 26 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre), siendo necesaria la previa autorización del MEH a propuesta de la CNMV, conforme al RD 217/2008, de 15 de febrero.

Por lo que se refiere a las entidades de seguros, el artículo 24 RDLg 6/2004, de 29 de octubre, texto refundido de la ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, regula la fusión en un «*sentido claramente ascendente*»⁸², y se remite expresamente a la LSA –hoy se entiende remitido a la LME-. Estas entidades se pueden fusionar en una sociedad anónima de seguros y las sociedades anónimas de seguros podrán absorber entidades aseguradoras, cualquiera que sea la forma que éstas revistan. Las mutuas y cooperativas a prima fija podrán además fusionarse en sociedades de su misma naturaleza y forma y únicamente podrán absorber a otras entidades distintas de la sociedad anónima de seguros. Las mutuas y cooperativas a prima variable podrán además fusionarse en sociedades de su misma naturaleza y forma, y únicamente podrán absorber a otras entidades distintas de su misma forma jurídica. Excepcionalmente el MEH pueda autorizar la fusión en supuestos distintos (dicho sistema de autorizaciones se regula en el art. 72 del RD 2486/1998, de 20 de noviembre). Sin embargo, en los casos en los que intervenga una SA debe ser descartada la aplicación del artículo 42 LME, siendo discutible en cualquier otro caso, siempre y cuando se alcance el consentimiento unánime de los mutualistas reunidos en asamblea. Parte de la doctrina cuestiona que la remisión sea actualmente al régimen específico de las SA y no al general de las sociedades mercantiles, lo cual permitiría prescindir del proyecto de fusión y su depósito previo⁸³.

⁸¹ Si bien, la legislación estatal por su antigüedad y la gran disparidad entre las legislaciones autonómicas, componen una compleja regulación. Las lagunas existentes se han cubierto tradicionalmente acudiendo a la normativa propia de la sociedad anónima (CABANAS TREJO, R., págs. 76-77).

⁸² En palabras de CABANAS TREJO, R., págs. 72-74.

⁸³ En cualquier caso, y dada la exigencia de autorización administrativa, no parece que se pueda prescindir de la restante documentación necesaria para acreditar ante la Administración la viabilidad

Las sociedades de garantía recíproca, se pueden fusionar entre sí con autorización previa del MEH (arts. 55 y ss. de la Ley 1/1994, de 11 de marzo). No cabe en este caso heterogeneidad alguna. Sin embargo, declara aplicables (art. 58 de su ley reguladora) numerosos preceptos de la antigua LSA, remisión que hoy debe entenderse a los preceptos que son propios de este tipo societario. Por esta remisión, no parece posible la aplicación del artículo 42 LME que excluye de su aplicación a las sociedades anónimas. Y por último, por lo que respecta a las asociaciones y fundaciones, dada la diversidad de leyes autonómicas sobre todo para estas últimas, nos evoca la pregunta de una posible aplicación analógica de la LME. La doctrina entiende que es posible una fusión en la que estén implicadas una sociedad mercantil y una asociación o una fundación, siempre que se dé la unanimidad de socios y asociados, y que el mencionado precepto podría ser aplicable respetando las singularidades de cada entidad⁸⁴.

iii. Fusiones de sociedades en circunstancias especiales

A continuación vamos a analizar si es posible la aplicación del artículo 42 LME a fusiones en las que las sociedades participantes se encuentran en determinadas circunstancias especiales⁸⁵.

Podemos empezar por *las sociedades en liquidación*. Éstas pueden fusionarse según el artículo 28 LME, siempre que no haya comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios⁸⁶. Algunos autores entienden que es posible también que todos los socios acuerden la restitución de lo recibido y la reactivación y posterior fusión⁸⁷. Por lo que respecta a la sociedad en liquidación disuelta de pleno derecho, la cuestión es más controvertida. Así, el artículo 106.2 LSRL establecía la imposibilidad de la reactivación de una sociedad disuelta de pleno derecho, y en cambio, la DGRN en su Resolución de 8 de noviembre de 1995, resolvía esta cuestión admitiendo la posibilidad de fusión de la

económica de la operación y la solvencia de las entidades o no de manifestaciones de disconformidad. Así lo considera CABANAS TREJO, R., cit. págs. 72-74).

⁸⁴ En este sentido CABANAS TREJO, R., cit. págs. 74-75.

⁸⁵ Por lo que respecta a la participación de alguna sociedad unipersonal en la fusión, no se produce ninguna especialidad digna de mención, salvo que el requisito de unanimidad es mucho más fácil de alcanzarlo para que sea aplicable el artículo 42 LME. Trata con mayor profundidad las escasas peculiaridades de la sociedad unipersonal que participa en una fusión CABANAS TREJO, R., cit. págs. 106-110.

⁸⁶ Su participación estaba ya admitida en la 3ª Directiva y se regulaba de forma similar en el artículo 251 LSA.

⁸⁷ Entre otros, GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 131.

sociedad, reconociendo a los socios el derecho de separación⁸⁸. En dicha Resolución se pretendía armonizar dos intereses contrapuestos: la conservación de la empresa y las legítimas expectativas de los socios a repartirse el patrimonio social una vez transcurrido el plazo previsto en el contrato. Por tanto, hasta la LSC se venía admitiendo la fusión para la sociedad anónima disuelta de pleno derecho, y no en cambio, para la sociedad de responsabilidad limitada. Hoy en día, el artículo 370.1 LSC extiende la norma del artículo 106.2 LSRL a todas las sociedades de capital, imposibilitando la reactivación de la sociedad disuelta de pleno derecho. Por lo que respecta a la posible aplicación del artículo 42 LME, será posible sin ninguna especialidad en el caso de tratarse de sociedades mercantiles que no revistan la forma de SA ni SComA, y siempre que no se haya iniciado la distribución del patrimonio entre los socios⁸⁹.

Asimismo, también es posible *la fusión de sociedades concursadas*, a pesar de que la LME no haga referencia a este supuesto. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal prevé expresamente que la fusión o escisión pueda ser parte del contenido del convenio de acreedores (art. 100.3 LC). Respaldan el reconocimiento de esta posibilidad de fusionarse a éstas sociedades en concurso, el artículo 93.2 LME *a sensu contrario*, que prohíbe el traslado internacional del domicilio de la sociedad concursada, y el artículo 28 LME que sólo prohíbe la participación de una sociedad en liquidación cuando ya haya comenzado la distribución de bienes⁹⁰. Se discute si es necesaria la previa autorización judicial, que antes encontraba su fundamento en el artículo 94.3 LSRL y el artículo 227. 3 RRM, el primero de ellos ahora derogado. Parece más adecuada la interpretación de considerar que es suficiente con la aprobación judicial del convenio, sin necesidad de duplicar la intervención del juez⁹¹.

Sin embargo, la problemática reside en armonizar ambos procedimientos: la fusión y el concurso de acreedores. En primer lugar, en el supuesto de convenio, se cuestiona si

⁸⁸ La DGRN admite la operación, pero exigiendo el reconocimiento del derecho de separación porque: a) es un derecho reconocido para supuestos similares; b) armoniza ambos intereses; c) la disolución provoca la pérdida de la vigencia de la cláusula del objeto social al convertirse éste en la mera liquidación de la empresa, lo cual hace que la fusión sea equivalente a la sustitución del mismo del artículo 147.

⁸⁹ Lo entiende así también CABANAS TREJO, R., cit. pág. 93.

⁹⁰ Estos son los argumentos también esgrimidos por GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 132.

⁹¹ También es admitida por la doctrina que la fusión se lleve a cabo durante la fase común o durante la fase de liquidación, siempre que no se haya procedido a la disposición de los bienes. Sostiene esta postura GONZÁLEZ-MENESES y M.; ÁLVAREZ, S., pág. 132.

debe ser antes la aprobación de éste por los acreedores o la aprobación de la fusión por las juntas de socios, ya que en ambos casos se corre el riesgo de que los acreedores o los socios no aprueben después el convenio o la fusión. En el caso de aprobación previa del convenio concursal, sin saber si definitivamente se aprobará por las juntas de socios, podría entenderse que nos encontramos ante un convenio condicional prohibido por el artículo 101.1 LC y el posible riesgo de considerarlo si no se aprueba, como incumplimiento de convenio⁹². Por ello, sería quizás más conveniente aprobar previamente la fusión, y después el convenio, ya que la fusión puede ser sometida a condición –en este caso a la de la aprobación del convenio-⁹³. Por último, se cuestiona sobre quién recae la competencia para las decisiones del proceso de fusión. Se considera necesaria la participación de los administradores concursales en la actividad del órgano de administración y que aprueben el convenio. Pero la aprobación del acuerdo de fusión seguirá recayendo ineludiblemente⁹⁴ sobre la Junta de socios que conserva sus competencias (art. 40 LME y art. 48 LC). Por lo que respecta al artículo 42 LME, no parecen existir graves inconvenientes para su aplicación, lo cual permitiría agilizar el procedimiento. La simplificación se produce por lo que respecta a la fusión pero no por el lado del concurso: se ha de contar con la evaluación a cargo de la administración concursal (arts. 107 y 115 LC), a la cual habrá de suministrársele suficiente información; también hay que respetar el derecho de información de los acreedores (art. 120 LC); y puede necesitarse un plan de viabilidad (art. 100.5 LC) cuando el nuevo deudor cuente con las rentas generadas por la actividad empresarial para dar cumplimiento a los pagos establecidos en el convenio. Además, se corre el riesgo de que los acreedores de las demás sociedades participantes en la fusión, no conozcan la circunstancia de que una de las sociedades intervinientes está en concurso, al no depositarse el proyecto de fusión⁹⁵.

Existe la duda de si es posible celebrar juntas universales en la sociedad concursada, o al menos, realizarlas sin la presencia de los administradores concursales. Algunos autores consideran que es necesaria su presencia, sin estar claro si es suficiente con una convocatoria formal o si hay que descartar la celebración de junta universal. Otros en

⁹² En este sentido, PULGAR EZQUERRA, J.: «Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. II, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 759.

⁹³ Mantiene la misma postura GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 133.

⁹⁴ Así lo sostiene CABANAS TREJO, R., cit. pág. 99.

⁹⁵ Alerta de este peligro CABANAS TREJO, R., cit. págs. 104-105.

cambio, sostienen que si bien es necesario convocarles para cada junta, en cambio, su desconocimiento de la reunión no supondría la ineficacia de éstas.

Si se obtiene el acuerdo social de fusión con anterioridad al convenio, habrá de aprobarse también necesariamente éste último para que se produzca la fusión. Además, la administración concursal dispone un auténtico derecho de veto respecto de las decisiones que incidan en la masa activa (arts. 43 y 44 LC). Parece más coherente, por tanto, entender que la junta puede celebrarse sin la presencia de la administración concursal, o incluso mediante una convocatoria incompleta⁹⁶. Por el contrario, cuando la aprobación del convenio haya precedido a la celebración de la junta de socios, no existe ningún problema para aplicar el artículo 42 LME, siempre que no se hubiera previsto alguna intervención de los administradores concursales que imposibilite la aplicación de dicho procedimiento simplificado, como la firma conjunta del proyecto de fusión⁹⁷. La mejor solución sería que en el propio convenio se posibilite el uso de esta vía para evitar cualquier incidencia. Por tanto, como podemos ver, el artículo 42 supone una forma de evitar la dilatación en el tiempo del procedimiento de fusión que entorpezca el concurso de acreedores, e incluso, puede considerarse que la simplificación del procedimiento de fusión consta aquí de mayores garantías por la posible intervención de los administradores concursales y del juez del concurso.

Por lo que respecta a las fusiones transfronterizas, las sociedades de capital que pueden participar en éstas son las SA, SComA y SRL (art. 54.2 LME). En lo que se refiere a la aplicación del artículo 42 LME en caso de fusión transfronteriza, el artículo 63 LME parece impedirlo al remitirse para las SRL a las normas de las SA en cuanto a las normas de las fusiones. Aunque esto no significa que se aplican todas las normas de las SA a la SRL, sí que no serán aplicables las simplificaciones procedimentales previstas específicamente para las SRL, como es el caso del artículo 42 LME⁹⁸. No obstante, debemos reconocer la posibilidad de adoptar el acuerdo en junta universal antes del depósito del proyecto común de fusión⁹⁹.

⁹⁶ Este también es el parecer de CABANAS TREJO, R., cit. pág. 105.

⁹⁷ Éste es el ejemplo puesto por CABANAS TREJO, R., cit. págs. 105-106.

⁹⁸ Igual interpretación realiza GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 258.

⁹⁹ Así lo interpreta también CABANAS TREJO, R., cit. pág. 120.

También, como dijimos en epígrafes anteriores, se requiere que las *sociedades participantes en una fusión estén inscritas* –art. 22 LME-. La DA 2ª de la Ley dispone que «la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de las sociedades colectivas no inscritas y, en general, de las sociedades irregulares, requerirán su previa inscripción registral». Además, el artículo 31.1 LME establece que los datos de inscripción son mención necesaria del proyecto, y además la inscripción es esencial para determinar el Registro de depósito del proyecto, el registrador que debe calificar, etc. A pesar de todas estas evidencias que parecen excluir la participación de una sociedad no inscrita, no deben ser entendidas como decisivas, ya que si la sociedad no está inscrita bastará con que conste esta circunstancia de que está pendiente de inscripción. Por ello, parte de la doctrina considera que sí es posible, siempre que se inscriba con anterioridad a la inscripción de la fusión¹⁰⁰. Y es que la necesidad de inscripción, puede ser vista como un requisito sin el cuál no se puede iniciar el proceso de fusión, o como un requisito de tracto, pudiendo realizarse la inscripción de la sociedad antes que la de la fusión¹⁰¹.

No obstante, la inscripción previa es necesaria siempre que se tenga que acudir al Registro, lo cual sucede ya con el depósito del proyecto para su publicidad (art. 32 LME) y para la designación de los expertos independientes que hayan de informar sobre el proyecto de fusión (art. 34.1 LME)¹⁰². Sin embargo, el artículo 42 LME (y la adopción del acuerdo en junta universal) permite evitar esta temprana inscripción. Se

¹⁰⁰ En el caso de una sociedad no inscrita, la falta de elementos de publicidad respecto de ésta, solo perjudica a los socios de la misma, que en todo caso no tenían antes protección registral alguna (GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 126). Además, la función que en aras de la seguridad del tráfico cumple la publicidad registral no se resiente porque el proceso se adelante en el tiempo, ya que los requisitos publicitarios se satisfarán de todos modos, y respecto de todos los partícipes (CABANAS TREJO, R., cit. pág. 79).

¹⁰¹ En los casos en los que no sea necesario un proyecto de fusión ni la restante documentación de la fase previa, bastará, a efectos del control sobre la operación que debe ejercer el registrador, que la sociedad se encuentre inscrita cuando se pretenda hacerlo con la fusión, sin que ni siquiera pueda descartarse que ambas inscripciones, la de la sociedad o sociedades no inscritas y la de la fusión, puedan practicarse simultáneamente. Esta es la opinión de CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J. y PÉREZ TROYA, A.: *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M., Tomo IX, Vol. 2º, Ed. Cizur Menor, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pág. 127. No debe identificarse esta interpretación con la llamada «regularización» de la sociedad no inscrita a través de la fusión, por la cual una sociedad no inscrita es absorbida por otra que sí lo está o que se integra con otras inscritas para constituir una nueva sociedad, ya que la DA 2ª parece imponer una inscripción anterior e independiente de las sociedades que se fusionan. Lo advierte CABANAS TREJO, R., cit. págs. 78-79.

¹⁰² En palabras de ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 356, «parece admisible que la sociedad comience los trámites para la fusión aún sin estar inscrita; pero habrá de estarlo en el momento del depósito del proyecto en el Registro Mercantil, porque este depósito pone en marcha unas actuaciones (Art. 226 RRM) que suponen ya la inscripción previa».

extiende así la parte del procedimiento que se puede realizar sin la previa inscripción de la sociedad. La adopción del acuerdo de fusión en junta universal permite que éste se adopte con anterioridad al depósito del proyecto (art. 32.1 LME), y las exenciones procedimentales previstas en el artículo 42 LME¹⁰³, posibilitaría llevar a cabo todo el procedimiento de fusión a cabo, sin realizar la inscripción de la sociedad hasta el momento de inscribir la fusión.

En el caso de que la *escritura no inscrita sea la de transformación* de una sociedad que inicia el procedimiento de fusión antes del registro de aquélla, el problema reside en el cambio de forma de la sociedad, y sobre todo, cuando la forma anterior era la de SA o SComA excluidas de la aplicación del artículo 42 LME. Según se entienda si la inscripción registral posee en los supuestos de transformación de sociedades carácter constitutivo o no, podría entenderse aplicable el mencionado precepto. Si se mantiene la primera postura, los acuerdos sociales posteriores a la transformación (aún no inscrita) habrán de realizarse de acuerdo con la original forma social que tenía la sociedad. Se podría hablar también de una adopción de acuerdos (conforme al nuevo tipo social) condicionados a la efectiva inscripción de la transformación. Y por último, existe una última postura más extrema, que permitiría seguir el procedimiento simplificado del artículo 42 LME valiéndose de su nueva forma social, incluso pudiendo adoptarse en una misma junta de socios los acuerdos de transformación y fusión, siempre que se adopte en primer lugar el de transformación¹⁰⁴.

Por último, debemos estudiar si es factible la aplicación del artículo 42 LME a las fusiones apalancadas. Ha sido el artículo 35 LME, bajo la rúbrica «fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente», la encargada de establecer un régimen especial para el supuestos de fusión de dos o más sociedades cuando alguna de ellas haya contraído deudas en los tres años anteriores para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor

¹⁰³ Especial atención hay que prestar a que la sociedad en constitución no sea de una sociedad anónima o comanditaria por acciones, ya que aunque durante la fase de irregularidad se haya reconducido su régimen jurídico al de la sociedad civil o colectiva, finalmente se inscribirá con una forma social incompatible con el artículo 42 LME (CABANAS TREJO, R., cit. pág. 80).

¹⁰⁴ Explica las diferentes posturas doctrinales existentes CABANAS TREJO, R., cit. págs. 81-84.

patrimonial¹⁰⁵. El precepto hace referencia a las operaciones de fusión apalancada (*Merger Leverated Buy Out –MLBO–*)¹⁰⁶. Las operaciones de adquisición o compra apalancada tienen en común que la financiación para la adquisición de compra de acciones o participaciones que permitan alcanzar el control de una sociedad (o de activos significantes de ésta), acaba siendo soportada por la propia sociedad cuyas acciones, participaciones o activos han sido adquiridos. Son operaciones complejas y controvertidas por el riesgo de que se produzca un sobreendeudamiento que derive en concurso de acreedores¹⁰⁷, a la vez que en otras ocasiones provocan efectos económicos positivos como instrumentos de reorganización empresarial o de reasignación de recursos productivos¹⁰⁸. Estas operaciones no suponen siempre una infracción de las normas que prohíben la asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propias. Este nuevo precepto lleva de nuevo a la doctrina a cuestionarse qué supuestos concretos de adquisición apalancada pueden ser contrarios a la prohibición de asistencia financiera y cuáles no¹⁰⁹. Debido a los riesgos¹¹⁰ que suponen

¹⁰⁵ Realiza un análisis detallado del precepto RONCERO SÁNCHEZ, A.: «Fusión posterior a adquisición de sociedad con endeudamiento del adquirente», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. I, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 721-766.

¹⁰⁶ El artículo 35 LME no es una simple regla en materia de fusión, es una disposición que constituye un cruce de caminos, ya que conduce a otros sectores del ordenamiento de obligada consideración, como el Derecho de sociedades de capital que introduce las menciones de la adquisición del control o de la asistencia financiera, que remiten a la disciplina prohibitiva implantada en nuestras normas societarias (hoy en los arts. 143 LSC, para la sociedad limitada, y 149 y 150 LSC, para la sociedad anónima). Así lo entienden SÁNCHEZ-CALERO, J y FERNÁNDEZ TORRES, I.: «Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del art. 35 LME)», *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, Núm. 14, 2011, págs. 110-111.

¹⁰⁷ En algunos países, los porcentajes de insolvencia de sociedades «adquiridas» a través de estas operaciones han superado el 50% de las adquisiciones realizadas. El dato lo ofrece RONCERO SÁNCHEZ, A.: «Ámbito de la exigencia del informe de expertos independientes en caso de fusiones posteriores a adquisiciones apalancadas», *Revista de Derecho de Sociedades*, Núm. 35, 2010-2012, págs. 257-258.

¹⁰⁸ Como opción económica y contractual elemental la caracterizan SÁNCHEZ-CALERO, J y FERNÁNDEZ TORRES, I., cit. pág. 116.

¹⁰⁹ Si bien parece que el artículo 35 LME confirma la validez de los LBOs, al convertirlos en el presupuesto de un régimen singular dentro de la disciplina de la fusión de sociedades (SÁNCHEZ-CALERO, J y FERNÁNDEZ TORRES, I., cit. pág. 113).

De todas formas, en la doctrina española predominaba la postura de que, a pesar de que la operación puede encuadrarse dentro del concepto de asistencia financiera, no se aplicaba la prohibición, porque en el procedimiento de fusión existen unas garantías específicas para accionistas y acreedores. Esta ha sido también la decisión adoptada en el auto de 9 de enero de 2007 relativo a la OPA de ENDESA por GAS NATURAL. La AP de Madrid dice que la prohibición de asistencia financiera es de interpretación estricta y que en el caso de fusión no es aplicable porque «se trata de un proceso que ya contempla garantías específicas para acreedores y socios minoritarios» (GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., págs. 231-232).

¹¹⁰ Entre las hipótesis lesivas para los socios o accionistas, se pueden enumerar las siguientes: 1) que la fusión les convierta en partícipes de una entidad con un mayor nivel de endeudamiento; y 2) que precisamente el patrimonio y los flujos de caja de la que era «su sociedad» se destinen al cumplimiento

estas operaciones es recomendable establecer ciertos límites o reforzar los requisitos que se pueden exigir para otras operaciones, y esto es justamente lo que hace el artículo 35 LME, al erigirse como un instrumento que puede evitar fusiones «peligrosas»¹¹¹.

Las especialidades que se prevén para estas fusiones, consiste en exigir ciertas menciones adicionales en el proyecto de fusión y en el informe de los administradores, que deben ser objeto de un juicio de razonabilidad por parte de expertos independientes, los cuales deben determinar si existe asistencia financiera. Sin embargo, estas mayores exigencias de información y transparencia han sido consideradas como insuficientes para evitar los riesgos que provocan estas operaciones¹¹².

Es muy cuestionable que los preceptos que simplifican el procedimiento sean aplicables a las fusiones apalancadas. Así, por ejemplo, el artículo 35 LME establece en su última frase que «en estos supuestos será necesario el informe de expertos, *incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión*». Este informe parece haber sido pensado fundamentalmente para la defensa de los intereses de los socios, ya que la regla general es que mediante acuerdo unánime de éstos se permite prescindir de tal informe. En cambio, en el caso de las fusiones apalancadas con la intención de hacer «aflorar»¹¹³ los supuestos de asistencia financiera, parece tener una función distinta, la de proteger los intereses también de otros sujetos como los acreedores, y por ello no se permite prescindir del mismo ni existiendo acuerdo unánime de los socios. La doctrina considera mayoritariamente que en este tipo de operaciones, el informe de expertos independientes ha de emitirse en cualquier caso¹¹⁴. Incluso cuando la sociedad sea de responsabilidad limitada (u otra forma social distinta a SA o SComA), aunque en el régimen general no le es exigible el informe –art. 34.1 LME *a sensu contrario*–, y a pesar de tratarse de una fusión simplificada. Y esto tiene su justificación también en que

del reembolso de la financiación motivada por su adquisición. Estos son los riesgos para los socios destacados por SÁNCHEZ-CALERO, J y FERNÁNDEZ TORRES, I., cit. pág. 113.

¹¹¹ Así las califican SÁNCHEZ-CALERO, J y FERNÁNDEZ TORRES, I., cit. pág. 115.

¹¹² En este sentido, RONCERO SÁNCHEZ, A., 2010-2012, cit. págs. 258-259.

También considera erróneas las medidas propuestas SÁNCHEZ-CALERO, J y FERNÁNDEZ TORRES, I., cit. págs. 120-121, puesto que la determinación sobre la existencia o no de asistencia financiera debería haber quedado confiada a los administradores y no a los expertos por tratarse de una cuestión netamente jurídica y no un concepto meramente económico o financiero. Además, estiman que hubiese sido más conveniente utilizar el *test de solvencia*.

¹¹³ Término utilizado por RONCERO SÁNCHEZ, A., 2010-2012, cit. pág. 264.

¹¹⁴ Aunque este informe no garantice en ningún supuesto que no vaya a realizarse una operación que pueda comprometer la solvencia patrimonial de la sociedad objetivo, debe ser exigible en todo caso (RONCERO SÁNCHEZ, A., 2010-2012, cit. pág. 264).

en la gran mayoría de los casos –por no decir en la totalidad de ellos-, la sociedad que se emplea para instrumentar la adquisición y la financiación es una SRL, y si no se aplicara la norma en los casos en los que esta SRL sea la absorbente en la fusión, el precepto quedaría prácticamente sin razón de ser¹¹⁵.

Pero los requisitos del artículo 35, no sólo el del informe de expertos, han de ser exigibles cualquiera que sea el tipo social de las sociedades mercantiles intervinientes en la fusión. Los argumentos aludidos por la doctrina para respaldar esta posición es que el artículo 35 LME no es una norma especial que delimita su propio ámbito de aplicación en su primer párrafo, donde no distingue el tipo de sociedades al que es aplicable, por lo que el ámbito subjetivo de aplicación es el establecido por los artículos 1 y 27 LME, que hace referencia a las «sociedades mercantiles»¹¹⁶. Centrándonos ya en la aplicabilidad del artículo 42 LME a estos supuestos, dado que éste precepto exime de la aplicación de las normas generales sobre el proyecto y el balance, y de la exigencia de los informes, parecería que no se aplicaría ninguno de los requisitos adicionales del artículo 35, siempre que se diesen las condiciones del artículo 42 LME. No obstante, el inciso final del artículo 35, que alude expresamente al acuerdo unánime de fusión, estableciendo que en ni en esos casos se permitirá prescindir del informe de expertos, la finalidad de la norma de proteger no tan sólo los intereses de los socios sino también de los acreedores, y por último, la literalidad del artículo 42 LME que excluye la aplicación de las *normas generales* sobre el proyecto, nos permiten concluir que al ser el artículo 35, como hemos dicho anteriormente, una norma especial y no general, no puede excluirse su aplicación. No cambia nada el que el último inciso del artículo 35 no se refiera también al proyecto y al informe de los administradores, como sí hace con el informe del experto, ya que en caso de acuerdo unánime seguirían siendo necesarias esas menciones específicas del proyecto y del informe de los administradores que exige el precepto. Y esto es así, porque el informe del experto debe pronunciarse justamente sobre la razonabilidad de la información contenida en el proyecto y en el informe de los administradores¹¹⁷. Sin embargo, no será necesario en estos casos que los informes

¹¹⁵ Esta es la opinión muy acertada de GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 242.

¹¹⁶ Así lo entiende, GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 240.

¹¹⁷ Parece estar a favor de la aplicación del artículo 42 LME para evitar los requisitos adicionales del artículo 35 LME, CABANAS TREJO, R., cit. pág. 118. Además, reconoce la posibilidad de eludir el supuesto de hecho de la norma sobre compras apalancadas mediante el artículo 42 LME: «Desde unas perspectiva temporal son dos las circunstancias que se tienen en cuenta para la observancia de esta norma singular: que no hayan transcurrido tres años desde la deuda y que ésta aún no haya sido satisfecha. En

tengan el contenido ordinario, sino que sería posible que el único contenido del proyecto y del informe sean los exigidos por el artículo 35 LME¹¹⁸.

2. Requisitos objetivos: acuerdo en junta de todos los socios y por unanimidad

i. No necesidad de carácter universal de la junta, pero sí de que el acuerdo sea unánime

Una vez visto el ámbito subjetivo del artículo 42 LME, es pertinente que nos centremos en el segundo de los presupuestos para la aplicación del precepto, esto es, la forma de adopción del acuerdo.

El precepto señala como segundo requisito que «el acuerdo de fusión hubiera sido adoptado *en junta de socios con la asistencia o representación de todos ellos y por unanimidad*». El artículo hace referencia expresa a que el acuerdo debe adoptarse «en junta de socios», y añade que será «con la asistencia o representación» de todos ellos. El precepto debe ser correctamente interpretado conforme al ámbito subjetivo del mismo, en el que no sólo se incluyen las sociedades de responsabilidad limitada, sino también otros tipos sociales, como por ejemplo la AIE, donde los acuerdos pueden adoptar fuera de la asamblea o junta. Por ello, el acuerdo se podrá adoptar de forma distinta a la reunión en junta si el tipo social lo permite, y el precepto seguirá siendo aplicable si se dan los demás requisitos¹¹⁹. Por el contrario, en los casos en los que el método colegial sea obligatorio, no podrán adoptarse acuerdos válidos sino es a través de una junta formalmente constituida, ya que los acuerdos adoptados fuera de ésta podrán tener validez *inter partes* exclusivamente¹²⁰.

ambos casos la fecha relevante ha de ser la del proyecto de fusión, siendo en tal instante cuando los administradores deben valorar la aplicabilidad del artículo 35 LME. Por ello, cuando sea posible prescindir del proyecto de fusión por mor del artículo 42 LME, los administradores podrán emprender las negociaciones oportunas, y hasta darles concreción en las correspondientes bases de la fusión, siempre que los acuerdos de la junta se sitúen previsoriamente fuera del período trianual, o inmediatamente después de pagada la deuda».

¹¹⁸ Lo entiende en este mismo sentido GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 243-244.

¹¹⁹ Mantiene idéntica postura GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 258.

¹²⁰ Esta interpretación correctora de la norma también la sugiere CABANAS TREJO, R., cit. pág. 85.

Sostiene BUSTILLO SAIZ, M^a del M., cit. págs. 126-127, que «el procedimiento colegial en el ámbito de las sociedades de capital es imperativo e inderogable, forma parte de la organización de determinados grupos en tanto que personas jurídicas». Y en el mismo sentido, ESTEBAN VELASCO, G., «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general de los socios en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995», en *Estudios de Derecho mercantil. Homenaje al Profesor Justino*

Se discute si es necesario que todos los socios (o sus representantes) se hallen reunidos en un mismo lugar en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada. La posibilidad de asistencia a la junta por medios telemáticos o el voto electrónico o por cualquier otro medio a distancia, ya se reconocía en los artículos 97.5 y 105.4 LSA, y hoy día, en los artículos 182 y 189 LSC para las sociedades anónimas. Parece dudoso que esto sea extensible a las SRL, cuando el legislador teniendo la oportunidad de homogeneizar el régimen de las SA y SRL en este aspecto no lo ha hecho, y sí que en cambio, admite como medios para la convocatoria de la junta de las SRL, si lo estatutos lo establecen, un anuncio publicado en la página web de la sociedad o cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios (art. 173 LSC). No se entiende muy bien que se haya previsto el uso de medios modernos de comunicación para convocar la junta, y no para que los socios puedan ejercer sus derechos de asistencia y voto, como sí sucede en cambio en las S.A. Por ello, probablemente, la doctrina parece admitir el uso de técnicas de comunicación simultánea a distancia en estos casos también para las SRL (siempre que lo prevean los estatutos), ya que lo esencial es la «efectiva comunicación directa», que es lo que posibilita una discusión y votación colegiada¹²¹. Por tanto, si los estatutos prevén la asistencia y voto telemáticos, o el voto a distancia por cualquier otro medio, habrá de reputárseles como asistentes a la junta, y sería posible adoptar el acuerdo en las condiciones del artículo 42 LME.

La siguiente cuestión a tratar es si el precepto objeto de estudio, se refiere necesariamente a la celebración de una junta universal o no. El artículo 32.1 LME sí que se refiere expresamente a la «junta universal», y se cuestiona la doctrina si ambos preceptos están estrechamente conectados o si prevén dos supuestos diferenciados. Parece necesario hacer una breve referencia a qué es lo que caracteriza a una junta universal. En primer lugar, recordar que no se trata de un tipo de junta, ya que la única clasificación que hace la Ley en el artículo 163 LSC distingue entre ordinarias o extraordinarias. Según el artículo 178 LSC «la junta general quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre

Duque Domínguez, Vol. I. Ed. Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Madrid, 1998, págs. 235, añade que «la voluntad social en la JG se forma necesariamente mediante el método colegiado. [...] La nueva LSRL no admite la adopción de acuerdos por procedimiento distinto al colegiado, p.ej. mediante un procedimiento escrito».

¹²¹ Así lo considera por ejemplo CABANAS TREJO, R., cit. págs. 85-86 o BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., cit. pág. 329.

que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión». Ha sido criticado por la doctrina que no se haya mantenido la referencia que hacía el artículo 48 LSRL a la necesaria aceptación por unanimidad, no sólo de la celebración de la reunión, sino también del orden del día¹²². Lo que caracteriza a la junta universal, aunque no es una cuestión pacífica en la doctrina¹²³, es la posibilidad de adoptar acuerdos sin convocatoria formal previa¹²⁴, y no en sí la presencia de todo el capital social, sino que esto es un requisito para que la sociedad quede exenta de realizar la convocatoria¹²⁵. Conforme el artículo 97 RRM, en el acta de la junta ha de constar, a continuación de la fecha y lugar y del orden del día, el nombre de los asistentes, que deberá ir seguido de la firma de cada uno de ellos¹²⁶.

El artículo 42 LME no establece como presupuesto, al menos expresamente, la universalidad de la junta, sólo establece como consecuencia de concurrir los requisitos establecidos en el precepto, que no se aplicarán las normas relativas «a la publicación de

¹²² Algunos autores ya venían exigiendo con anterioridad a la LSC que se incluyera una mención expresa o que al menos se aplicara también la exigencia de acuerdo de los socios respecto del orden del día para que se pudiera constituir válidamente la junta universal. Por ejemplo, OTERO LASTRES, J.M.: «El requisito de la *aceptación unánime* en la junta universal de las sociedad anónima», en *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. 2, Ed. McGraw Hill, Madrid, 2002, pág. 1244.

¹²³ Opina de forma contraria a la postura que señalamos, MIRANDA SERRANO, L.M., «La junta universal de accionistas o socios (una propuesta de solución a la problemática que encierran los requisitos de universalidad de las juntas)», *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 243, 2002, pág. 105, el cual señala que es la presencia de todo el capital social y la aceptación unánime de la celebración de la junta y del orden del día, lo característico de la junta universal, y que por ello es innecesario convalidar los defectos de convocatoria.

Además, se enfrenta la doctrina en determinar si, en general, es la junta universal competente para conocer de cualquier asunto (incluida la fusión) o no. A favor SÁNCHEZ CALERO, F.: *La junta general en las sociedades de capital*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, pág. 157. En contra, MORRAL SOLDEVILLA, R.: «Comentario al artículo 99», en ARROYO, I., EMBID IRUJO, J.M. (dirs), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, pág. 1045.

¹²⁴ En este sentido SÁNCHEZ CALERO, F., cit. pág. 156 o también merece la pena citar a MORRAL SOLDEVILLA, R., cit. pág. 1040: «el mecanismo de la convocatoria previsto para las demás juntas queda sustituido en la junta universal por la presencia casual o espontánea de todos los socios, o bien mediante una convocatoria «informal», llamada así al no ser necesario seguir en ella las pautas de la Ley, por lo que suele realizarse por escrito mediante comunicación personalizada (carta certificada con acuse de recibo, fax, telegrama) e incluso telefónicamente mediante llamamiento a cada uno de los accionistas».

¹²⁵ En cualquier caso lo que no requiere la junta universal es la unanimidad en la adopción del acuerdo (SEQUEIRA MARTÍN, A., 2009, cit. pág. 394).

¹²⁶ Por tanto, aunque no lo recoja ahora expresamente la LSC, la aceptación por unanimidad de la celebración de la Junta y del orden del día sigue siendo vigente por el precepto del RRM mencionado. Ya lo consideraba extensible a las SA cuando su normativa no lo preveía y la de las SRL sí, por estos mismos motivos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., cit. págs. 356-357.

la convocatoria de la junta»¹²⁷. Por ello, parece posible que la junta sea efectivamente convocada (aún defectuosamente), ya que lo único que exige el precepto es la unanimidad tanto en la asistencia como en la aprobación del acuerdo (y esto último no lo garantiza la junta universal)¹²⁸.

Otra de las razones para concluir que los supuestos del artículo 32.1 y 42 LME son supuestos diferenciados, es que en el primer caso el depósito del proyecto común de fusión se permite realizar con posterioridad a la celebración de la junta universal, mientras que en el artículo 42, como veremos más adelante, lo que parece es eximir de dicho proyecto. Por ello, no se debe entender que el artículo 32.1 es sólo aplicable en los casos en que se cumplan los requisitos del artículo 42 LME, sino que se puede aplicar con indiferencia del tipo social de las sociedades participantes y de la unanimidad para la aprobación del acuerdo, bastando la asistencia y el consentimiento de todos los socios para la celebración de la junta y la conformidad con el orden del día¹²⁹.

¹²⁷ Ésta es una de las consecuencias de las muchas que derivan de la concurrencia de los presupuestos del precepto, y que estudiaremos en otros epígrafes. Por el contrario, el artículo 32 LME sólo tiene una consecuencia relevante, y es que la junta general en forma universal se podrá celebrar antes del depósito del proyecto.

¹²⁸ Sostiene idéntica postura GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 258; GARRIDO DE PALMA, V. M., pág. 110; y EMBID IRUJO, J.M., 2001, cit. págs. 2307-2309 (aunque refiriéndose al artículo 40 PMESM).

En cambio, ÁVILA NAVARRO, P., cit. págs. 407-408, entiende que se trata de un descuido de redacción del legislador, pero que hay que entender que se refiere a la junta universal, y que, por tanto, no sería necesario la aprobación del acuerdo por unanimidad, pues no es un requisito de la junta universal. Una interpretación en otro sentido, según este autor, supondría que la ausencia de un socio durante la junta o su voto negativo frustraría la junta que se había constituido como universal, y obligarían a la elaboración del proyecto y del balance, y de informaciones y publicaciones que ese socio ya tenía o de las que había aceptado prescindir.

¹²⁹ A favor de esta interpretación de que son dos supuestos diferenciados, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., cit. págs. 576-577. Si bien, pone de manifiesto que la introducción de la última frase del art. 32.1 LME mediante una enmienda del Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados, «no mejora nada, sino que viene a perturbar la coherencia normativa, porque legitima que una fusión pueda acordarse por cualquier tipo de sociedad en una junta que no ha sido previamente convocada». Además considera que pone en riesgo el derecho de información de los socios y terceros, y que su compatibilidad con lo dispuesto en la 3ª Directiva es más que cuestionable. Por ello, hay que hacer una correcta interpretación del precepto entendiendo que no se exime de suministrar la correspondiente información a socios y terceros, ni del depósito del proyecto común de fusión que habrá de realizarse. Añade GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 201-202 que el proyecto habrá de depositarse al menos con un mes de antelación a la fecha de otorgamiento de la escritura (como ya señaló en su día la DGRN en su Resolución de 30 de junio de 1993), lo cual debería precisarlo el RRM cuando sea modificado.

Por otra parte, LARGO GIL, R.: «La fase previa y el proyecto de fusión», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. I, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 471 considera que debe excluirse la adopción del acuerdo en junta universal, «al menos en los supuestos en los que no pueda simplificarse el procedimiento general de fusión (arts. 42, 49 y 50 LME)». Esta autora se ha posicionado en contra de la posibilidad de junta universal para aprobar la fusión, como ya señalamos con anterioridad, en numerosas ocasiones, entre

A pesar de que se admita la existencia de convocatoria, lo normal será –por el ahorro de costes que permite– que la junta tenga carácter universal¹³⁰. Según algún autor¹³¹, puede existir algún problema en la representación en estas juntas universales. El artículo 178 LSC expresamente admite la representación (la totalidad del capital social esté presente o representado). El antiguo artículo 49 LSRL, hoy el artículo 183 LSC, permite que socio pueda ser representado «en la junta general por su cónyuge, ascendiente o descendiente, por otro socio o por persona que *ostente poder general* conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional». Además, los estatutos puede autorizar la representación por medio de otras personas (art. 183.1. II párrafo LSC). El mismo precepto señala que la representación debe conferirse por escrito, y que sino consta en documento público, debe ser especial para cada junta.

No habrá problema si el representante ostenta un poder general, ya que podrá acudir perfectamente a la junta universal en representación del socio. Pero, para el caso en que no tenga un poder general, se había venido entendiendo que, como generalmente, la junta universal va precedida de una previa convocatoria informal, los datos suministrados en la misma podrían servir para conceder un poder especial para que otra persona represente al socio en esa junta¹³². Será imprescindible que en el poder consten

otras, LARGO GIL, R., 1994, cit. págs. 247 y ss. Otros autores, abogan por una simplificación en el procedimiento pero siempre que sea compatible con la información a los socios y otros interesados, por ejemplo, EMBID IRUJO, J.M., 2001, cit. págs. 2307-09. Y otra parte de la doctrina, reconoce la competencia de la junta universal para aprobar la fusión, pero si se mantienen las garantías informativas de socios y terceros, en este sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J. y PÉREZ TROYA, A., cit. pág. 303.

¹³⁰ SEQUEIRA MARTÍN, A., 2009, cit. pág. 394, considera que la celebración de una junta universal sea lo más común en la práctica en estos supuestos.

¹³¹ Así por ejemplo, CABANAS TREJO, R., cit. págs. 90-93.

¹³² En este sentido podemos ver la STS de 17 de febrero de 1992 (aunque referida a una SA): «La representación no puede producirse en una reunión no precedida de convocatoria alguna ni de Orden del día, a menos de resultar acreditado que quien otorga la representación tuvo conocimiento previo de la pretensión de constituir la Junta y de los asuntos a dilucidar y que con ese antecedente confirió la representación para dicho acto con la conformidad escrita, de tal manera que se cumplen los requisitos del art. 55, según la Dir. Gral. de los Registros, haciendo constar bajo la fe del Secretario que está representada la totalidad del capital y que los socios han acordado por unanimidad constituirse en Junta, sin necesidad de hacer constar en el acta la lista de asistentes; y en idéntico sentido se pronuncia la S. 14-2-1989, que cita las de 27-3-1957 y 6-7-1973, añadiendo que la presencia de todos los socios impide que la nulidad de los acuerdos pueda fundarse en defectos de convocatoria, a más de que, en términos generales, el acudir a una Junta y votar algún acuerdo, sin poner tacha a su legal constitución en el momento de iniciarse las sesiones, hace decaer, por razones de buena fe, la acción de los asistentes para impugnar la convocatoria, desprendiéndose de la S. 30-5-1975, que es válida la representación para asistir a una Junta Universal, aunque se incumpla el art. 53, si se tuvo noticia fidedigna del orden del día, se pudo hacer uso del derecho de información y se tuvieron los elementos precisos para dar al apoderado las órdenes pertinentes para la emisión del voto».

los asuntos que se tratarán según el orden del día de la junta¹³³, ya que si se amplían en el último momento, el poder será insuficiente¹³⁴.

No obstante, el problema reside principalmente en las consecuencias que puede tener un apoderamiento en documento público en el marco del artículo 42 LME. El apoderado en documento público podrá prestar su consentimiento en representación del socio, que no sólo supondrá la aprobación del acuerdo de fusión, sino que también al alcanzar el acuerdo con los requisitos del artículo 42 LME, se exime de las normas generales del proyecto de fusión y del balance, y de los restantes mecanismos de información a los socios. Esto supondría en la práctica que el socio representado se encontraría con el acuerdo ya adoptado¹³⁵. Para evitar esto, los estatutos podrían exigir que para la representación en junta universal se contara con un poder especial. Sin embargo, a pesar de los riesgos que pueda suponer, en defecto de que los estatutos así lo exijan expresamente, un apoderado en documento público podría representar a un socio en una junta universal a efectos del artículo 42 LME¹³⁶.

Llama la atención, la posibilidad, rechazada por la DGRN, de ratificar posteriormente a la celebración de la junta, el acuerdo adoptado por la misma para alcanzar la unanimidad requerida para la constitución como junta universal¹³⁷. Es cuestionable el rechazo de tal posibilidad, ya que si se acepta por la mesa rectora de la junta el mandato

¹³³ Destaca SÁNCHEZ CALERO, F., cit. pág. 164 «la validez de la representación para la junta universal cuando el socio representado conoce, no simplemente que se va a celebrar la reunión, sino los asuntos que se van a debatir en ella».

¹³⁴ Esta es la postura también mantenida por GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 258; y CABANAS TREJO, R., cit. pág. 91. Este último añade que igual sucederá para convertir una junta defectuosamente convocada en junta universal, es decir, que conste en el poder que es posible la concurrencia de esta circunstancia y que el poder seguirá siendo válido.

¹³⁵ Se encarga de poner de manifiesto este problema CABANAS TREJO, R., cit. págs. 91-92.

¹³⁶ Otra opción sería recoger la limitación en el mismo poder, pendiendo sobre la mesa de la junta la carga de su control. Así lo sugiere CABANAS TREJO, R., cit. págs. 91-92.

¹³⁷ RDGRN de 20 de noviembre de 1995, según la cual, «es doctrina del Tribunal Supremo y de esta Dirección General [...] la posibilidad y validez de la representación para las Juntas universales, siempre que se acredite que quien la otorgó tenía conocimiento de su constitución y de los asuntos que iban a dilucidarse -máxime cuando se trata de sociedades con un reducido número de socios-, doctrina cuya aplicación al caso debatido no entraña dificultad alguna. Ahora bien, el artículo 16 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada [LSRL 1953] exige para todo tipo de Juntas que esa representación conste por escrito al tiempo de la celebración, y sin este requisito la constitución y los acuerdos, decididos contando entre los socios presentes o votantes a quienes no están debidamente representados con poder conferido por escrito, serían constitución y acuerdos no ajustados a las prescripciones legales; existiría un defecto en la formación de la voluntad social que no puede subsanarse por la ratificación del socio ausente, pues esta figura no se conviene con la naturaleza y régimen de aquellos actos que, aunque formados por voluntades de particulares, no son actos de particulares, sino corporativos o sociales». Critica esta Resolución severamente CABANAS TREJO, R., cit. págs. 92-93.

verbal de representación y, posteriormente es ratificado en documento público, no se comprende exactamente qué interés o derechos se están vulnerando.

Por último, debemos preguntarnos qué sucede en aquellos supuestos en los que alguna de las sociedades participantes en la fusión puede conseguir la reunión universal (o a la que asistan todos los socios) y la otra no. La Ley no lo establece claramente, ya que a diferencia del artículo 34.5, que se refiere expresamente al acuerdo unánime *en cada una de las sociedades*, en el artículo 42 LME sólo se habla del acuerdo unánime. Algunos autores consideran que se podría aplicar el precepto parcialmente a las sociedades que tomaran el acuerdo unánime, lo que supondría que la que alcanzara la unanimidad podría prescindir de los requisitos de que se trata y la otra estaría obligada a cumplirlos¹³⁸. Consideramos, como ya mantuvimos en el caso de fusión heterogénea (fusión de SA y SRL por ejemplo), que las simplificaciones relativas al proyecto, al ser un documento en común, no podrían ser aplicables, pero, en cambio, sí se eximiría a las que hubieran tomado el acuerdo unánime, del depósito del proyecto y de los requisitos del balance, además de la posibilidad de adoptar el acuerdo en junta universal. Pero no todos los autores sostienen esta interpretación, los hay quienes están en contra de aplicar el artículo 42 a algunas de las sociedades participantes y a otras no¹³⁹.

ii. Supuestos especiales y otros aspectos relevantes

El artículo 42 LME no exige que la junta sea universal, sino que dispone que «el acuerdo de fusión hubiera sido adoptado en junta de socios con la asistencia o representación de todos ellos y por unanimidad», es decir, requiere el acuerdo de todos

¹³⁸ Así lo entienden ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 408 y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., cit. pág. 573.

¹³⁹ En este sentido, GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 259-260: «para la aplicación del art. 42 *es necesario el acuerdo unánime en todas las sociedades intervinientes*, porque no es tan fácil disociar el procedimiento de una sociedad del de las demás. Si falta el acuerdo unánime en alguna, está claro que es necesario que exista un proyecto, y también su depósito respecto de todas. Serán necesarios también los informes, el balance y las cuentas anuales «de las sociedades», es decir, de todas ellas. De manera que hay que interpretar que, si falta el acuerdo unánime en una sociedad, los socios de ésta tienen derecho a examinar el proyecto, balance e informe de administradores de todas ellas y, lógicamente, éstos deben elaborarse con todos los requisitos legales. Esta es la solución que adopta para el mismo caso el art. 2505 quáter del Codice civile italiano, que es el antecedente de esta norma, y además, esta interpretación vendría avalada por la reforma de la 3.ª Directiva por la Directiva 2009/109/CE, que introduce la posibilidad de determinadas simplificaciones solo en el caso de acuerdo unánime en todas las sociedades participantes».

los socios¹⁴⁰. El precepto no ofrece en este punto ninguna singularidad¹⁴¹ que deba ser puesta de manifiesto, por lo que serán aplicables las conclusiones generales que realiza la doctrina en temas como la existencia de derechos reales limitados de usufructo o prenda sobre las participaciones, o las situaciones de copropiedad (arts. 126-133 LSC), sin perjuicio de lo establecido en los estatutos en los casos habilitados por la Ley¹⁴².

Aunque tampoco presenta ninguna especialidad, en determinados casos, el acuerdo de fusión requiere consentimientos especiales (art. 41 LME)¹⁴³. En primer lugar, se requiere el consentimiento individual¹⁴⁴ de los socios que, por virtud de la fusión, pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales (art. 41 LME). En el caso de que la sociedad resultante sea una sociedad colectiva o comanditaria será necesario el consentimiento de todos los socios colectivos, y por lo que respecta a los comanditarios, en la escritura social podría haber pactado que este consentimiento no es necesario, pero en defecto de esta previsión, será necesario también su consentimiento individual. Este consentimiento individual deberá constar en la escritura de fusión (art. 229.2 RRM), para proteger al socio y a la sociedad frente a posibles impugnaciones¹⁴⁵. En segundo lugar, se exige igualmente el consentimiento de los socios¹⁴⁶ de las sociedades que se extingan que hayan de asumir obligaciones personales en la sociedad resultante de la fusión (art. 41.1 LME), como por ejemplo los socios colectivos o industriales o los que estén obligados a prestaciones accesorias¹⁴⁷.

¹⁴⁰ Aunque se admitiera la discutible posibilidad de que los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada consideren necesaria la titularidad de un determinado número de participaciones para ejercitar el voto en la asamblea (CABANAS TREJO, R., cit. pág. 93).

¹⁴¹ Esta es también la opinión de CABANAS TREJO, R., cit. pág. 94.

¹⁴² Puede verse al respecto MIRANDA SERRANO, L.M., cit. págs. 136 y ss.

¹⁴³ Puede consultarse ANSÓN PEIRONCELY, R., cit. págs. 84-85.

¹⁴⁴ No parece haber duda en la doctrina de que el consentimiento debe ser individual, así por ejemplo, ÁVILA NAVARRO, P., cit. págs. 402-403.

¹⁴⁵ No sólo será necesario el consentimiento de los que pasen a responder ilimitadamente, sino también los que lo venían haciendo ya con anterioridad a la fusión (art. 229 RRM). Así lo entiende también GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 191-192 y parece que también (aunque con dudas) MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., cit. pág. 658. No lo considera tan claro ÁVILA NAVARRO, P., cit. págs. 402-403.

¹⁴⁶ Estima ÁVILA NAVARRO, P., cit. págs. 403-404 que «el consentimiento de que se trata parece definido como requisito del acuerdo de fusión, y no de la fusión misma, de manera que el acuerdo no podría entenderse adoptado sin él [...]. El requisito puede cumplirse posteriormente, como ratificación de un acuerdo adoptado por la junta, o incluso con anterioridad, como aprobación del proyecto de fusión, o en la misma escritura de fusión». En cualquier caso, «la ratificación está sujeta a la norma de documento público del art. 1280.5 C.c.».

¹⁴⁷ Considera que el precepto se refiere a estos sujetos ÁVILA NAVARRO, P., cit. págs. 402-403.

El segundo apartado del precepto, exige «el consentimiento individual de los titulares de derechos especiales distintos de las acciones o participaciones cuando no disfruten, en la sociedad resultante de la fusión, de derechos equivalentes a los que les correspondían en la sociedad extinguida, a no ser que la modificación de tales derechos hubiera sido aprobada, en su caso, por la asamblea de esos titulares». Como se pretende proteger a los titulares de derechos especiales, si se van a mantener en la sociedad resultante de forma idéntica o equivalente, no se requerirá un consentimiento especial¹⁴⁸. Estos sujetos deberán prestar obviamente su consentimiento para poder efectuar la fusión, tanto si nos encontramos en el supuesto del artículo 42 LME como si no es así.

Podemos mencionar también aquel supuesto en el que un socio con derecho a voto tenga el deber de abstención conforme al artículo 190 LSC, puesto que es discutido por la doctrina si es necesario su asistencia a la junta o no para poder cumplir con los presupuestos del artículo 42 LME¹⁴⁹. La Directiva 2009/109/CE sólo se refiere a los que tengan derecho al voto, pero la redacción de nuestra Ley no es tan clara al respecto¹⁵⁰. Consideramos que sí sería necesaria su asistencia a la Junta, pero no en cambio tendría derecho a votar el acuerdo.

Por lo que respecta a los titulares de participaciones sin voto (arts. 98-103 LSC), debemos cuestionarnos si es necesario su asistencia a la junta o no a los efectos del artículo 42 LME. Podrían adoptarse varias posturas al respecto. La primera de ellas sería que, aunque no puedan votar para alcanzar la unanimidad exigida por el artículo 42 LME, sí que es necesaria su asistencia a la junta celebrada.

El precepto no habla de una junta con la presencia de todo el capital social, sino de un acuerdo adoptado en una junta de socios con la asistencia o representación de todos ellos. Parece que el precepto no exige la presencia de los titulares de participaciones sin voto, y mucho menos su voto a favor de la aprobación del acuerdo, sino sólo de los

¹⁴⁸ Será la sociedad, en concreto los administradores, a quienes corresponde juzgar si se trata de un derecho equivalente o no, entendiendo por ello, derechos idénticos o superiores. En este sentido se pronuncia GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 151 y 192-193 y ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 405.

¹⁴⁹ En ningún caso cabe una abstención genérica por presunto conflicto de intereses en caso de una fusión intragrupo, sólo porque se considere que los términos de la fusión favorecen a la sociedad absorbente en detrimento de los intereses de la sociedad absorbida y, por ello, de los socios externos (CABANAS TREJO, R., cit. pág. 95).

¹⁵⁰ Así lo entiende GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 259.

socios con éste derecho a voto. Por ello, los socios sin voto (conocedores de la celebración de la junta) podrán acudir o no a la junta según su voluntad, sin que ello impida seguir la vía del artículo 42 LME¹⁵¹. A diferencia de esta opinión, la doctrina viene considerando necesaria la presencia y la aceptación de éstos de la celebración de una junta universal¹⁵². Pero el artículo no exige que se trate de una junta universal, esto es, celebrada sin convocatoria, sino que es posible que la junta se convoque o al menos de manera informal, por lo que, no será obligatoria la asistencia de los socios sin voto, pero sí que tenga tal posibilidad¹⁵³.

Las participaciones sin voto, no se pueden incluir dentro de los derechos especiales distintos de las participaciones a los que se tutela el artículo 41.1 LME. Su protección se la dispensa su régimen jurídico propio, en concreto, el artículo 103, que dispone que «toda modificación estatutaria que *lesione directa o indirectamente los derechos de las participaciones sociales o de acciones sin voto* exigirá el acuerdo de la mayoría de las participaciones sociales o de las acciones sin voto afectadas». Este acuerdo podrá adoptarse indistintamente en una junta especial o en una votación separada dentro de la misma junta general. Cabe cuestionarse si ese acuerdo ha de ser por mayoría como establece el mencionado precepto o debe adaptarse a las exigencias de unanimidad del artículo 42 LME. Consideramos que no debe requerirse unanimidad en el acuerdo de los titulares de participaciones sin voto, puesto que éste acuerdo, si bien necesario para que se pueda llevar a cabo la fusión, es autónomo respecto al otro acuerdo de los socios regulado en el artículo 42 LME, por lo que no es extensible la necesidad de unanimidad¹⁵⁴.

Sin embargo, no parece exigible este acuerdo de los titulares de participaciones sin voto cuando no se vean afectados significativamente por la fusión, es decir, si mantiene en la sociedad resultante sus derechos o equivalentes. Por el contrario, si no se consigue esa equivalencia, al que se suma la escasa información que les llegaría de las condiciones de la fusión si se sigue el procedimiento simplificado del artículo 42 LME (al menos antes

¹⁵¹ Así lo considera también CABANAS TREJO, R., cit. pág. 96.

¹⁵² En este sentido, MIRANDA SERRANO, L.M., cit. págs. 121 y ss, o MORRAL SOLDEVILLA, R., cit. pág. 1041.

¹⁵³ Piensa de idéntica forma GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., pág. 259.

De cualquier forma, entiende MARTÍ MOYA, V., cit. 2011-2012, pág. 91 que «al hablar de unanimidad para la adopción de un acuerdo, únicamente habrá que contabilizar los votos de quienes puede ejercerlo».

¹⁵⁴ Defiende idéntica postura CABANAS TREJO, R., cit. págs. 110-111.

de la celebración de la junta), parece ineludible que se someta a su aprobación por mayoría¹⁵⁵. No obstante, serán en todo caso los jueces los que en última instancia determinen la necesidad de dicho acuerdo, si llega hasta ellos por la impugnación del acuerdo de la junta general¹⁵⁶.

Con anterioridad a la promulgación de la LSC, parte de la doctrina había venido entendiendo que la presencia de los administradores, gerentes, comisario del sindicato de obligacionistas no era indispensable, ya que la LSRL no establecía esta obligación de asistencia, si bien era necesario concederles la posibilidad de ejercer sus derechos de asistencia e información. Actualmente, el artículo 180 LSC establece el deber de asistencia de los administradores a las juntas generales, y el artículo 181.1, dispone que «los estatutos podrán autorizar u ordenar la asistencia de directores, gerentes, técnicos y demás personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales», generalizando para las sociedades de capital, por tanto, lo que antes establecía la LSA en su artículo 104.2. Por ello, se puede mantener lo que venía defendiendo con anterioridad la doctrina, menos en el caso de la presencia de los administradores que al exigirlo ahora la Ley para las SRL, deberán asistir a la junta necesariamente¹⁵⁷.

Parece interesante tratar brevemente el papel que desempeñan los administradores en las fusiones simplificadas del artículo 42 LME. Desde un primer acercamiento al precepto, ya somos conscientes de que lo verdaderamente relevante, en este caso, es el acuerdo de fusión, la fase decisoria. Es decir, el artículo no hace ninguna mención a la etapa previa de la fusión sino es entre las consecuencias del precepto, para eximir de la convocatoria de las juntas, del proyecto de fusión, del balance, etc. Y lo destacable es que todas estas exigencias que se suprimen vienen a cargo de los administradores. En el supuesto del artículo 42, toda la fase previa no tendrá relevancia externa, habrá negociaciones informales entre las sociedades (que las realizarán los administradores, aunque también podría ser por la iniciativa de los socios, sobre todo en las sociedades de pequeñas dimensiones), la convocatoria de la junta normalmente no se realizará porque se

¹⁵⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J., y PÉREZ TROYA, A., cit. pág. 468.

¹⁵⁶ CABANAS TREJO, R., cit. págs. 111-112.

¹⁵⁷ En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., cit. págs. 166, (aunque respecto a la SA, pero ahora válido para las SRL): «se justifica esa obligación, en cuanto no simplemente sólo ellos pueden aportar a la junta general determinada información precisa para la adopción de determinados asuntos, sino también porque es una obligación que pesa sobre todos los miembros del órgano de administración, sin que puedan delegar la rendición de cuentas y su presentación a la junta general».

preferirá celebrar una junta universal, etc. Por tanto, se produce una alteración de las competencias en la sociedad, ya que frente a la fusión llamémosla *ordinaria* en la que los administradores desempeñan un papel fundamental al promover la fusión y ser los encargados de realizar documentos tan importantes como el proyecto o su informe por ejemplo, en la fusión *simplificada*, pasan a moverse entre las sombras, cediendo el papel protagonistas a la junta de socios.

Todo parece indicar que los socios podrán casi alcanzar el acuerdo de fusión prácticamente a espaldas de los administradores¹⁵⁸ o contando sólo con la colaboración de alguno de ellos, y el problema es que en principio los administradores, a pesar de su no intervención, seguirían manteniendo su responsabilidad conforme al artículo 236.2 LSC («en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general»). Por ello, los administradores deberían mantener toda la diligencia posible por lo que respecta al acuerdo de fusión, para en su caso, si es perjudicial para los intereses de la sociedad o de los acreedores sociales, impugnarlos o incluso dimitir para tratar de evitar la ocasional responsabilidad por omisión de sus deberes inherentes al cargo¹⁵⁹.

V. SIMPLIFICACIÓN PROCEDIMENTAL DEL ARTÍCULO 42 LME Y SU COMPATIBILIDAD CON EL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL

1. Consideraciones generales de los preceptos excluidos de aplicarse

Una vez que hemos visto los presupuestos subjetivos y objetivos para que sea posible la aplicación del artículo 42 LME, vamos a estudiar cuáles son las consecuencias jurídicas de la norma, es decir, cuán significativa es la simplificación procedimental que permite

¹⁵⁸ Nos parece interesante destacar una Resolución citada por CABANAS TREJO, R., cit. págs. 113-114, la RDGRN de 2 de enero de 1992, en la que se admite el acta notarial de junta universal, con requerimiento formulado por todos los socios: «Sin que quepa estimar la alegación del Registrador de que al no haber sido los administradores quienes han requerido la presencia del Notario, no puede considerarse aquel acta notarial como acta de la junta, pues no pueden desconocerse las peculiares características de la junta universal respecto de la cual aquel requerimiento por los administradores ha de entenderse plenamente suplido por el que unánimemente realicen todos los socios; téngase en cuenta, además, que en el caso debatido consta la voluntad unánime de los socios de dar al acta notarial el valor de acta de la Junta, y que todos ellos han firmado la diligencia de su conclusión».

No obstante, esto era antes de establecer la LSC el deber de los administradores de asistencia a la junta, ya que ahora necesariamente se enterarán durante la junta lo que pretenden aprobar los socios.

¹⁵⁹ Estas es la solución propuesta por CABANAS TREJO, R., cit. pág. 115.

este artículo¹⁶⁰, analizando qué requisitos o formalidades quedan exentas de cumplir las sociedades que sigan esta vía para la fusión.

Es necesario reproducir el artículo para después ir desgranando todas las consecuencias jurídicas del precepto: «Cuando las sociedades participantes o la sociedad resultante de la fusión no sean anónimas o comanditarias por acciones y el acuerdo de fusión hubiera sido adoptado en junta de socios con la asistencia o representación de todos ellos y por unanimidad, *no serán aplicables* las normas generales que sobre el proyecto y el balance de fusión se establecen en las Secciones II y III de este Capítulo. Tampoco se aplicarán las normas relativas a la información sobre la fusión previstas en el artículo 39 ni las relativas a la adopción del acuerdo de fusión, a la publicación de la convocatoria de la junta y a la comunicación, en su caso, a los socios del proyecto de fusión previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 40.

La inaplicación de las normas señaladas en el párrafo anterior no restringirá los derechos de información que sobre el objeto y el alcance de la fusión, en particular sobre el empleo, corresponden a los representantes de los trabajadores».

Por tanto, en una primera lectura del precepto, podemos determinar que no se aplican las normas generales referidas al proyecto (redacción, depósito e informes sobre el mismo), balance de fusión (elaboración, verificación y aprobación), información (a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales, y representantes de los trabajadores), publicación de la convocatoria o comunicación a los socios de la misma, ni tampoco las relativas a la adopción del acuerdo de fusión. Esto supone una flexibilización de los requisitos de la fase previa y de la decisoria de la fusión¹⁶¹. De cualquier forma, la norma es muy confusa, tanto en la determinación de

¹⁶⁰ La doctrina considera que es una de las novedades con mayor trascendencia práctica de la Ley, tanto por la frecuencia en la que se está produciendo como por las simplificaciones que implica. En este sentido, GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 255-256. También MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., cit. págs. 572-573, lo califica como una de las novedades más significativas en el régimen de la fase decisoria de la fusión. No obstante, MARTÍ MOYA, V., 2011-2012, cit. pág. 88 lo califica como uno de los artículos más oscuros del texto legal y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. opina que tiene una redacción endiablada (FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «La dispensa del informe del experto en las fusiones y escisiones tras la desafortunada reforma de la LME por la Ley 25/20011», *Revista de Derecho de Sociedades*, Núm. 37, 2011-2012, pág. 144).

¹⁶¹ Debido a esta descarga documental y procedimental ha tenido una gran acogida en la práctica. Por ejemplo, puede verse el BORME núm. 203, viernes de 23 de octubre de 2009, pág. 32834 (GRUPO ZENA TRI, SLU –sociedad absorbente, KEFCO RESTAURACIÓN SRLU y IBERDAL CANARIAS,

los presupuesto de aplicación, como ya hemos visto, como en cuanto al alcance de su consecuencia jurídica.

2. El proyecto de fusión y el papel del Registro Mercantil

Podríamos decir que, en general, el proyecto de fusión es el documento necesario que, redactado y suscrito por los administradores de las sociedades intervinientes, contiene los elementos que constituyen el contenido esencial y al que habrán de ajustarse los acuerdos de cada una de las sociedades que participan, de forma que aquél quedaría sin efecto si no hubiera sido aprobado por todas ellas en un plazo determinado¹⁶². El proyecto común de fusión¹⁶³ tiene un carácter preparatorio y su finalidad es fijar los términos comunes sobre los que se pronunciarán las juntas de las sociedades intervinientes y, sobre todo, suministrar información a los socios¹⁶⁴.

El artículo 42 LME exime, en primer lugar, de la aplicación de las «normas generales que sobre el proyecto de fusión se establecen en las Secciones segunda de este Capítulo». Como podemos ver, el artículo no exime expresamente del proyecto de fusión, sino de la aplicación de las normas generales que regulan éste. Aquí se presenta el primer problema que es determinar qué se consideran «normas generales», ya que la

SRLU –sociedades absorbidas) o BORME núm. 159, lunes 22 de agosto de 2011, pág. 31178 (MATRUST, SRL –sociedad absorbente, PROMOTERES TORMA 95, SRLU –sociedad absorbida).

Gran parte de éstas publicaciones hacen una referencia general a la inaplicación de las normas generales de las Secciones II y III del Capítulo I del Título II LME, por ejemplo: BORME núm. 215, miércoles 11 de noviembre de 2009, pág. 34630 (ADRA COSTA VALMA INVERSIONES, SRL –sociedad absorbente, ACCOUNT EXECUTIVE, SRLU –sociedad absorbida); BORME núm. 228, lunes 30 de noviembre de 2009, pág. 37057 (PROMAZAR, SRL –sociedad absorbente, DONAPEA, SRLU –sociedad absorbida); BORME núm. 43, jueves 4 de marzo de 2010, pág. 4745 (MADERARTE COFFINS, SRL –sociedad absorbente, MADERARTE XATIVA 2000, SRLU –sociedad absorbida); o BORME núm. 5, lunes 10 de enero de 2011, pág. 443 (PAMARE, SRL –sociedad absorbente, PAMARE LAS PALMAS, SRL, PAMARE LANZAFUERT, SRL –sociedades absorbidas).

¹⁶² Definición dada por SEQUEIRA MARTÍN, A., cit. 2006, pág. 640.

Otra definición nos ofrece BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., cit. págs. 732-733: «el Proyecto es un contrato suscrito por todos los administradores en el que se establecen las condiciones básicas de la fusión con el contenido mínimo previsto en la Ley, y que impone la obligación de convocar las respectivas Juntas Generales dentro de un plazo determinado para someter el proyecto pactado a su aprobación».

¹⁶³ La propuesta presentada a cada una de las juntas de socios ha de ser idéntica (LARGO GIL, R., 2009, cit. pág. 440).

¹⁶⁴ En este sentido, MARTÍ MOYA, V., 2010, cit. pág. 129; LARGO GIL, R., 1994, cit. pág. 252; o GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 137-138 que cita la SAP Barcelona de 5 de mayo 2008, fundamento de derecho 4.º, que dice que «el proyecto de fusión no supone un contrato perfeccionado [...] sino un mero instrumento de preparación de la fusión [...] que [...] no es vinculante para las sociedades hasta que haya sido aprobado en sus respectivas juntas». Una cosa es que vincule a sus administradores, dice la sentencia, y otra la vinculación obligacional de la sociedad.

ley no califica expresamente como tales a ninguna de sus normas. Sin embargo, parece que la única norma especial es la del artículo 35 LME (fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente), por lo que las restantes han de ser consideradas como normas generales. Aún así, la cuestión no es pacífica y reviste gran importancia, por la propia relevancia del documento, el proyecto común de fusión, que es el eje central del procedimiento de fusión. Y es que, el acuerdo de fusión (art. 40.1 LME) ha de ajustarse «*estrictamente*» al proyecto común de fusión, suponiendo cualquier modificación unilateral del proyecto el rechazo de la propuesta.

Es obvio que las sociedades participantes en la fusión deben ponerse de acuerdo en numerosos puntos: el tipo social y el domicilio de la sociedad resultante, el tipo de canje¹⁶⁵, la fecha desde que tendrán derecho los socios a participar en las ganancias sociales, la fecha a efectos contables de la fusión, los estatutos de la sociedad resultante, las consecuencias de la fusión, etc. Normalmente, esto se reflejará en el proyecto común de fusión (art. 31 LME), sin embargo, el precepto estudiado habilita para que este contenido se encuentre recogido directamente en el acuerdo de fusión de cada sociedad.

Importa destacar que se podrá prescindir, por tanto, del proyecto común de fusión, en cuanto documento firmado por los administradores, al que se da publicidad, se pone a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores, sobre el que versa el informe de administradores, y al que debe adaptarse necesariamente el acuerdo de fusión¹⁶⁶. No se producirá, por tanto, ningún control externo del proyecto de fusión por parte del Registro Mercantil, sino que los documentos sólo existirán con carácter interno¹⁶⁷. Siendo posible incluso que no

¹⁶⁵ Es el tipo de canje quizás una de las menciones más relevantes del proyecto de fusión, ya que es el elemento clave para conseguir la continuidad de la participación de los socios de las sociedades intervinientes en la fusión a la hora de integrarse en la sociedad resultante de la operación. Es además, una de las cuestiones más problemáticas (fijación del tipo de canje y valoración de las sociedades fusionadas), y la causa principal de impugnación de las fusiones.

¹⁶⁶ Conviene recordar que «la ausencia del proyecto sólo sería posible si las condiciones del llamado acuerdo unánime de fusión se dieran en todas las sociedades que participan, ya que de no ser así siempre estaría presente, necesariamente, el proyecto de fusión, en tanto que es una exigencia del procedimiento ordinario que se requiere para la adopción del acuerdo, y no se entiende, por mera lógica jurídica y práctica operativa, el que para unas sociedades exista el proyecto común de fusión y para otra no» (SEQUEIRA MARTÍN, A., 2009, cit. pág. 395). Al respecto MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., cit. pág. 573 considera que en este caso las demás sociedades participantes no podrán distanciarse del proyecto.

¹⁶⁷ Destaca CABANAS TREJO, R., cit. págs. 124-125 que «salvando las distancias, la situación recuerda un poco a la vigente con la LSA de 1951, cuando su artículo 143 sólo disponía que el acuerdo de fusión se adoptara en las juntas generales de cada una de las sociedades, «ajustándose a las bases que éstas hubiesen fijado».

exista un documento similar ni siquiera a esos efectos, es decir, con frecuencia se habrán negociado los aspectos básicos de la fusión sobre los que se pronunciarán las juntas de las sociedades que se fusionan, pero también podría ocurrir (aunque parece poco probable) que una de las sociedades adopte el acuerdo de fusión y quede pendiente de su aceptación por la otra.

No obstante, ya hemos dicho que esto último no será lo más común, sino la excepción, ya que normalmente la negociación previa a la adopción de los acuerdos seguirá a cargo de los administradores, puesto que conocen la sociedad mejor que los propios socios¹⁶⁸. Probablemente los socios, sobre todo en sociedades de pequeño tamaño, también estén involucrados en esta fase previa, que como decimos tendrá sólo carácter interno, y en la que será difícil diferenciar al protocolo de fusión del propio proyecto común de fusión (aunque formalmente este no sea su título).

Ya nos posicionamos con anterioridad sobre la naturaleza del proyecto común de fusión, estableciendo que el negocio de fusión se encuentra en la fase del proyecto, y que ha de ser ratificado con posterioridad por las juntas de las sociedades¹⁶⁹. Sin embargo, en los casos de simplificación del procedimiento en que se puede prescindir de él (o se puede alterar el orden del depósito del proyecto y de la celebración de la junta como en el caso de junta universal), obviamente el negocio de fusión no puede ubicarse en el proyecto debido a su inexistencia, sino que se fija en el otorgamiento de escritura pública de fusión por todas las sociedades, al ser en ese momento cuando coincide la voluntad de todas ellas sobre el contenido de la fusión. Habrá que ver si los administradores tienen alguna obligación especial por llevar a cabo las negociaciones necesarias para realizar la fusión con las otras sociedades durante el procedimiento o por si la operación no llega a buen fin. Incluso puede ser que exista un proyecto común de fusión que simplemente no se deposite en el Registro Mercantil (o incluso que se deposite aunque esto no sea lo más común). En este caso, las consideraciones generales que realiza la doctrina sobre las obligaciones derivadas de la negociación serán

¹⁶⁸ Entiende GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 136-137 que «el art. 30 LME atribuye a los administradores la elaboración y suscripción del proyecto de fusión, lo que presupone que son ellos los responsables de todas las negociaciones previas que llevan a la fijación de un determinado contenido del proyecto de fusión».

¹⁶⁹ Aunque ya advertimos de que no era una cuestión pacífica, así por ejemplo, MARTÍ MOYA, V., 2010, cit. pág. 92 considera que «negando que este documento pueda considerarse el verdadero negocio de fusión, sí que constituye un negocio relevante, base del definitivo acuerdo de fusión que han de tomar las Juntas generales».

aplicables¹⁷⁰. Al menos, los administradores tendrán el deber de abstenerse de realizar cualquier clase de acto o de concluir cualquier contrato que pudiera comprometer la aprobación de aquéllas, o modificar sustancialmente la relación de canje que se haya convenido (art. 30.2 LME)¹⁷¹.

Esta posibilidad de que exista un auténtico proyecto común de fusión¹⁷², con el contenido establecido en la Ley, suscrito por los administradores y que lo acompañe un informe de éstos sobre el proyecto, puede dilucidarse del artículo 42 en su párrafo primero, segundo inciso: «tampoco se aplicarán las normas relativas [...] a la publicación de la convocatoria de la junta y a la comunicación, en su caso, a los socios del proyecto de fusión previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 40». Parece prever el artículo que se pudiera redactar el proyecto común de fusión sin que se deposite, pero que efectivamente se comunique a los socios su existencia y se ponga a su disposición.

Como es necesario que el acuerdo aprobado por cada sociedad debe coincidir con el de las restantes, el proyecto de fusión normalmente existirá, ya sea siguiendo las formalidades y el contenido que establece la Ley con mayor o menor rigor, para establecer las bases de la fusión sobre la que las juntas de las sociedades intervinientes deben pronunciarse¹⁷³. Incluso algún autor¹⁷⁴ considera que sería posible la aprobación

¹⁷⁰ Incluidas aquellas referidas a la responsabilidad por incumplimiento del contrato que constituye el proyecto de fusión, que se regirán por las normas generales sobre responsabilidad contractual en el ámbito societario (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., cit. pág. 733).

¹⁷¹ Esta obligación de no comprometer la aprobación del proyecto tiene sus límites. Hasta la aprobación de la fusión al menos, el administrador tiene la misión de gestionar la sociedad en interés de la misma y de los socios. Por tanto, si con posterioridad a la suscripción del proyecto se descubre algún dato que haga menos recomendable la fusión, o cambian las circunstancias económicas de manera que dicha fusión deje de ser aconsejable, la obligación del administrador es actuar en interés de su sociedad, no de la fusión (STS 4 de junio de 2007). Esa obligación se manifiesta entre otras cosas en la obligación de informar a los socios de cualquier alteración en el patrimonio de las sociedades (art. 39.3) (GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., págs. 139-140).

¹⁷² Entiende LARGO GIL, R., 2009, cit. págs. 441-442 que: «la elaboración de un proyecto de fusión por escrito reviste carácter imperativo. Así resulta de los arts. 30, 39, 40 y 42 LME. No puede prescindirse de él en ninguno de los supuestos de fusión de sociedades contempladas en la LME. [...] El proyecto ha de redactarse por los administradores antes de la celebración de las juntas de socios: incluso cuando el acuerdo de fusión se adopte en junta universal y por unanimidad. [...] Sólo se dispensa de la publicidad del proyecto de fusión y de la información sobre el mismo a los socios, así como de la convocatoria en el plazo fijado; pero ha de haber un proyecto de fusión en el que se establezcan las bases de la fusión sobre las que se va a tomar la decisión por todos los socios, y además, previamente hay que ponerlas en conocimiento de los representantes de los trabajadores (art. 42 LME)».

¹⁷³ Considera GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 260-261 que: «por supuesto, es necesario que exista de hecho un «proyecto» de fusión en sentido real y no formal, pues el acuerdo debe contener los elementos indispensables para que la fusión exista y además debe ser coincidente en todas las sociedades, lo cual es imposible si no existe un documento que prevea las condiciones de la fusión y que esté pactado por los administradores de las diversas sociedades. Pero, desde el punto de vista de la

del proyecto por las juntas remitiéndose al mismo, el cual debería acompañarse como documento complementario en la escritura de fusión.

El proyecto de fusión o el documento que cumpla su función, recoge tanto aspectos que afectan a ambas sociedades como los que afectan de manera singular a cada una de ellas. De ello deriva, que las juntas de socios hayan de pronunciarse en el acuerdo de fusión, no sólo de los aspectos que incumben directamente a su sociedad, sino que han de pronunciarse sobre la totalidad de los detalles de la fusión, les afecten o no. Deberá quedar de alguna forma constancia de que la junta se ha pronunciado sobre todos los aspectos de la fusión, incluso cuando incumban principalmente no a ella, sino a las otras sociedades participantes. Por ello, habrá de hacerse referencia en el acuerdo de fusión de cada sociedad al contenido importante de los acuerdos de las restantes, que permitan la coordinación necesaria que requiere la fusión¹⁷⁵.

El artículo 31 LME dispone que «el proyecto común de fusión contendrá, al menos, las menciones siguientes». Se desprende del precepto que el proyecto podrá recoger otras cláusulas o estipulaciones diferentes a las exigidas por la Ley¹⁷⁶. Por ejemplo, podrá preverse en el mismo un plan de estrategia empresarial o de integración de las sociedades una vez que se hayan fusionado¹⁷⁷. Estos aspectos adicionales recogidos en el proyecto no tienen por qué ser objeto también de pronunciamiento inmediato por parte de las juntas de socios, sino que se ha podido prever que sea más adelante cuando

forma y contenido de ese proyecto, no es necesario que se cumplan las normas de la ley, y por tanto no es necesaria que exista formalmente ese documento como tal». En este mismo sentido, MARTÍ MOYA, V., 2011-2012, cit. pág. 92.

También BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., cit. pág. 734, según el cuál el proyecto de fusión «tendrá que existir, pues es imprescindible para que los acuerdos de las juntas generales sean plenamente coincidentes, coincidencia inexcusable para la fusión. Lo único que ocurre en estos supuestos excepcionales de pequeñas sociedades es que el proyecto se maneja informalmente y se eliminan trámites de formalización y depósito que, dadas las circunstancias, no son necesarios».

¹⁷⁴ CABANAS TREJO, R., cit. pág. 128.

¹⁷⁵ Considera CABANAS TREJO, R., cit. págs. 129-130, por ejemplo, que en el acuerdo de una de las sociedades absorbidas se dé cuenta de la cifra final de capital de la absorbente después del aumento, o del tipo de canje de otra sociedad que también se extingue.

¹⁷⁶ Entiende al respecto GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 140 que: «el proyecto puede contener otras menciones voluntarias. La ley se ocupa del proyecto en su finalidad informativa, pero el mismo tiene también otra función preparatoria, pues en las negociaciones se puede llegar a acuerdos sobre los que sea oportuno que se extienda el acuerdo de las juntas generales, pero respecto de los cuales no sea necesaria la publicidad».

¹⁷⁷ Podrán introducirse también previsiones sobre la organización de la administración social (tanto de la situación durante el procedimiento de fusión como después de que se efectúe la misma).

se concreten más. Una vez que sea aprobado el proyecto, las sociedades quedarán obligadas a tratar esos puntos añadidos en un futuro.

Como hemos dicho, generalmente va a existir un documento que cumpla la función del proyecto de fusión, sea cual sea el nombre de éste. Lo que sí queda claro es que este documento, que sólo se realiza a efectos internos, no se ha de depositar en el Registro Mercantil ni publicarse en el BORME como preceptivamente dicta la Ley (art. 32 LME), ni puede ser objeto de calificación registral. Empezando por la publicidad que recibe el proyecto por su depósito en el Registro Mercantil¹⁷⁸ y por su publicación en el BORME, el artículo 32 LME es el encargado de imponer la obligación de depositar el proyecto y en su apartado 2, establece que «en el anuncio en el Boletín Oficial del Registro Mercantil deberán constar la denominación, el tipo social y el domicilio de las sociedades que se fusionan, así como sus datos registrales». Si bien la publicidad dada al proyecto es incuestionablemente útil para proteger los intereses de los socios y de otros interesados¹⁷⁹, éstos podrán recibir la información por otras vías, garantizando así sus derechos¹⁸⁰. A los socios podrá comunicárseles la existencia del proyecto y ponerlo a su disposición, o en cualquier caso, recibirán la información durante el desarrollo de la junta. A los acreedores se les suministrará cuando se publique el acuerdo de fusión, y a los representantes de los trabajadores también será necesario ofrecerles la información que se considere pertinente como recuerda el artículo 42. II párrafo LME.

En cualquier caso, la publicidad del proyecto se ve afectada por la Directiva 2009/109/CE, que pretende modernizar los sistemas de publicidad¹⁸¹. Tanto el artículo 6 de la 3ª Directiva como el artículo 4 de la 6ª Directiva han sido modificados para permitir que el depósito del proyecto y la publicación del mismo sean sustituidos por publicación en la web propia de la sociedad. Los Estados pueden exigir que se realice a

¹⁷⁸ Entiende LARGO GIL, R., 2009, cit. pág. 469 que «el depósito del proyecto de fusión en el Registro Mercantil es el acto de apertura del procedimiento de fusión. No es aleatorio, ni innecesario y no es susceptible de disposición según la voluntad de los interesados».

¹⁷⁹ El proyecto no sólo es necesario para que los órganos de las sociedades implicadas sepan en qué consiste la operación sobre la que han de decidir, sino que su exigencia formal, especialmente la publicidad a la que se somete, sirve para fortalecer el derecho de información de los socios y propicia, a través de su obligado depósito en el Registro mercantil, un control preventivo de la legalidad de la operación propuesta (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., cit. pág. 732).

¹⁸⁰ Sostiene GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 260-261 que «se puede elaborar una información especial sin necesidad de redactar un proyecto de fusión propiamente dicho».

¹⁸¹ Estudia con mayor detenimiento esta Directiva CONDE TEJÓN, A.: «Las modificaciones comunitarias en materia de información de las operaciones de modificación estructural de las sociedades mercantiles», *Revista de derecho de sociedades*, Núm. 34, 2010-2011, págs. 530-531.

través de una web central específica, pero siempre sin que no se les cobre por esa publicación. No se trata de una opción, sino que se obliga a los Estados posibilitar este tipo de publicidad por Internet, por lo que debe trasponerse a nuestro ordenamiento (el plazo era hasta el 30 de junio de 2011), y como no ha sido así hasta ahora, puede considerarse de aplicación directa¹⁸². Este nuevo sistema de publicidad del proyecto implicará ventajas tanto para las sociedades intervinientes como para los terceros. Para las primeras por el ahorro de costes y de trámites administrativos que supone que puedan publicar de forma gratuita en su propia web el proyecto; y para los terceros por ser el proyecto más fácilmente accesible.

Recordemos que el depósito del proyecto, supone también la fijación del contenido del acuerdo de las juntas, ya que éstas no se pueden apartar del contenido del proyecto¹⁸³. En cambio, cuando no se produce esta publicidad, no sería difícil que las juntas pudieran introducir los cambios que estimasen necesarios¹⁸⁴.

Debemos cuestionarnos si es verdaderamente relevante el control que realiza el Registro Mercantil o si es prescindible. Algunos autores¹⁸⁵ han calificado la actuación del Registro como un control preventivo de legalidad. El artículo 226.2 RRM, sin embargo, no parece imponer un control exhaustivo del proyecto depositado sino que, se limita a decir que «el Registrador calificará exclusivamente si el documento presentado es el exigido por la Ley y si está debidamente suscrito. Cumplido estos requisitos, tendrá por efectuado el depósito [...]». Nos encontramos según este precepto ante un control meramente formal, en el que el registrador debe comprobar que responde al modelo establecido por la Ley en cuanto a las menciones mínimas contenidas¹⁸⁶, sin poder

¹⁸² En este sentido se pronuncia GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 158.

¹⁸³ No obstante, considera GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs.198-199 que «mientras no se haya publicado la convocatoria y puesto a disposición de los interesados el proyecto con arreglo al art. 39 LME, será posible hacer cualquier alteración al proyecto, que deberá depositarse también en el Registro Mercantil (en este sentido la SAP Barcelona de 5 de mayo de 2008). Esto es posible incluso cuando se ha depositado el proyecto, pues bastará completar el depósito con las modificaciones, realizándose una nueva publicación».

¹⁸⁴ Así también lo considera CABANAS TREJO, R., cit. págs. 135.

¹⁸⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., cit. pág. 732.

¹⁸⁶ Considera CABANAS TREJO, R., cit. págs. 132-133, que «no caber argüir como refuerzo de esa disminuida calificación la circunstancia de que en caso contrario se procederá de acuerdo con lo dispuesto para los títulos defectuosos (art. 226.2 RRM), lo que supone exigir la nota de conformidad de los titulares (art. 18.7 CCom) y abrir la vía de los recursos y del cuadro de sustitución (art. 18.8 CCom), por ser connatural a cualquier solicitud de práctica de un asiento que la calificación negativa esté motivada y quepa reaccionar contra ella, sin que esto enmiende la naturaleza o el alcance de la valoración que compete al funcionario. Es una verificación muy superficial de la que no cabe deducir un visto bueno a

aprovechar este trámite, como en ocasiones sucede, para pronunciarse sobre cuestiones materiales, mediante rectificaciones, aclaraciones o adiciones al mismo¹⁸⁷. Estas son las consecuencias que se derivan del precepto arriba citado, pero no significa que lo consideremos correcto. Como algunos autores han señalado¹⁸⁸, no se debe poner este límite a la calificación que debe realizar el Registrador Mercantil sobre el proyecto de fusión, ya que es más conveniente que el Registrador valore legalmente el contenido del proyecto en este temprano momento procedimental, en vez de hacerlo en la fase de ejecución de la fusión (cuando se presenta la escritura de fusión), tanto por razones de seguridad jurídica como de ahorro de costes que podrían derivar de poner de manifiesto defectos detectados en un momento más tardío y que implicaría iniciar de nuevo el proceso. Aunque puede considerarse una interpretación no adecuada al RRM, la LME la permitiría al no entrar a determinar en qué debe consistir la calificación registral en el momento del depósito del proyecto¹⁸⁹.

Critica también la doctrina¹⁹⁰ que no se trata de un verdadero control de autenticidad, ya que el registrador verificará los nombre, cargos y número de los firmantes para su confrontación con los datos de los asientos del registro, pero el proyecto no se eleva a escritura pública ni las firmas estarán legitimadas. Es cierto que la Ley debería imponer al registrador comprobar la identidad de los autores del proyecto.

todo lo actuado». Respecta a esta última afirmación, ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 376 «obsérvese que lo restringido de la calificación registral sobre el proyecto común de fusión impide considerarla como un visto bueno a todo lo actuado, y no obsta a una calificación de los requisitos del proyecto cuando la escritura se presente a inscripción».

Entiende GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 156 que «parece que debe limitarse a comprobar la existencia de las menciones mínimas y no su contenido, como se deduce también del hecho de que al parecer el registrador no queda limitado en su calificación posterior por haber calificado el proyecto. Hay que tener en cuenta también que no parece que se pueda dar una gran relevancia a esta calificación cuando la adaptación de la directiva 2009/109/CE implicara seguramente que la publicidad del proyecto se realice al margen de cualquier intervención del RM».

¹⁸⁷ Se han producido devoluciones del proyecto de fusión por los Registradores mercantiles con ocasión del depósito del mismo, a efectos de su adecuación a las exigencias legales; por ejemplo, en caso de que en el proyecto de fusión se conculcase la prohibición de canjear acciones propias (art. 26 LME) o porque falta la firma de alguno de los administradores sin indicar la causa (art. 30.1 LME) (LARGO GIL, R., 2009, cit. pág. 474).

¹⁸⁸ LARGO GIL, R., 2009, cit. pág. 747.

¹⁸⁹ El Consejo General del Notariado al pronunciarse en relación al Anteproyecto de la LME [...] calificaban de «*intromisión extraña*» a la calificación del registrador en este momento «sólo tiene sentido al final del proceso, no durante la tramitación del mismo». Se propuso volver a la fórmula utilizada en el art. 226.2 RRM (LARGO GIL, R., 2009, cit. pág. 474).

¹⁹⁰ CABANAS TREJO, R., cit. págs. 134-135 o GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 139 que considera que «para su depósito registral será necesaria la legitimación notarial de las firmas de todos los administradores, o al menos, por analogía con la presentación de cuentas y la certificación del resto de documentación social, que se presente el proyecto firmado por todos acompañado de una certificación expedida por la persona con facultad certificante y con visto bueno del presidente con sus firmas legitimadas, en que se certifique que ha sido firmado por todos».

No obstante, consideramos que el control realizado por el registrador mercantil tiene su relevancia, por conferir mayor seguridad jurídica y permitir una economía de medios que no se produciría si la calificación se lleva a cabo exclusivamente en la fase de ejecución. Sin embargo, el artículo 42 LME parece claro al excluir la aplicación del artículo 32 LME en cuanto al depósito del proyecto y su calificación registral, por lo que debe ser aceptada la posibilidad de prescindir de este trámite.

3. Informe de administradores y de expertos independientes

Informe de administradores

Entre las normas generales sobre el proyecto de fusión de cuya aplicación se exige en virtud del artículo 42 LME se comprende el artículo 33, que corresponde al informe de los administradores sobre el proyecto. Dicho artículo dispone que *«los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión elaborarán un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto común de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos, con especial referencia al tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas y a las especiales dificultades de valoración que pudieran existir, así como las implicaciones de la fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores»*¹⁹¹.

Al informe de administradores no se le ha dado la misma importancia que en otros países, en los que se considera un fundamental sistema de información de los socios¹⁹². Y es muy discutido si se puede presentar un único informe¹⁹³ o si ha de existir uno por cada una de las sociedades participantes en la fusión¹⁹⁴. Consideramos que es más acertado permitir la presentación de un único informe, siempre que haya sido elaborado por los administradores de todas las sociedades y se recojan en éste las particularidades

¹⁹¹ Las únicas novedades del precepto respecto del régimen anterior recogido en la LSA es que se ha añadido la palabra *«común»* al proyecto, y se ha ampliado el contenido del informe a las implicaciones para los socios, acreedores y trabajadores.

¹⁹² En Alemania, por ejemplo, una de las principales causas alegadas para la impugnación del acuerdo de fusión es la falta de información suficiente en el informe de los administradores (GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., págs. 158-159).

¹⁹³ La SAP de Las Palmas de 16 de octubre de 2006 admitió un único informe, puesto que ni de la literalidad de la ley ni de su conjunto se deduce la necesidad de una pluralidad de informes, siempre que en el mismo hayan participado los administradores de todas las sociedades.

¹⁹⁴ Gran parte de la doctrina sostiene esta interpretación MARTÍ MOYA, V., 2010, cit. pág. 147; ÁVILA NAVARRO, P., pág. 377; EMBID, J.M., 2001, pág. 2272; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., cit. pág. 746.

necesarias de cada sociedad que hayan de conocer los socios de cada sociedad y cuáles son los beneficios perseguidos, pudiendo ser diversos entre las distintas sociedades¹⁹⁵.

El informe debe tener un contenido informativo y ha de reflejar tanto las ventajas como los problemas o incertidumbres de la operación, ya que sino los socios pueden incurrir en responsabilidad. El informe ha de referirse detalladamente a los aspectos jurídicos¹⁹⁶ y económicos¹⁹⁷ de la fusión.

Como consecuencia de la falta de proyecto de fusión (al menos formalmente), tampoco habrá informe de los administradores sobre el mismo, aunque no lo excluya expresamente la Ley, por lo que no será aplicable el anteriormente reproducido artículo 33 LME¹⁹⁸. No obstante, al igual que ocurre con el proyecto, la falta de informe es formal pero no material. Dicho documento en las fusiones en general, no se deposita en el registro mercantil, pero sí se debe presentar como complementario de la escritura (art. 230.3º RRM). En cualquier caso, con independencia de si las negociaciones han sido realizadas por los administradores o por alguno de ellos o por los propios socios¹⁹⁹, aquéllos siguen manteniendo su responsabilidad²⁰⁰.

El informe tiene a los socios como principales destinatarios, puesto que son ellos los que deben decidir sobre la fusión en la junta. El informe debe suministrarles suficiente información para que puedan evaluar la incidencia de la fusión para sus derechos

¹⁹⁵ Mantiene igual interpretación GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 159.

¹⁹⁶ Se debe aclarar a los socios lo que implica legalmente el proceso de fusión y sus diversas fases, pero sobre todo los cambios que se van a producir, resaltando las modificaciones estatutarias, y en su caso las que se deriven del cambio de tipo en fusiones heterogéneas. El art. 33 exige referencia especial a las implicaciones para los trabajadores, por lo que deben detallarse todos los posibles cambios que se pueden producir para el empleo en la sociedad. También deberán exponerse las consecuencias desde el punto de vista del derecho fiscal y en su caso del derecho de la competencia (GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 159-160).

¹⁹⁷ Se deberá justificar la fusión, explicando los objetivos que se persigan. La ley exige especial referencia al tipo de canje, lo que implica que se expresen los criterios seguidos para establecerlo y han de explicar las ventajas y limitaciones de los criterios de valoración utilizados (GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 160).

¹⁹⁸ La reforma introducida en la 3ª y 6ª Directiva por la Directiva 2009/109/CE permite prescindir de este informe en el supuesto de acuerdo unánime. Aunque ha sido criticada por algún autor, por considerar que esta simplificación no supone ahorro de costes ni de tiempo, mientras que reduce la información no sólo para los socios sino también para trabajadores y terceros, y sobre todo impide que los administradores asuman una responsabilidad específica sobre la finalidad y el sentido de la operación. Así, por ejemplo, GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 161.

¹⁹⁹ Sería conveniente que se dejara constancia en el acta a quién ha correspondido la iniciativa (CABANAS TREJO, R., cit. págs. 136-137).

²⁰⁰ En este sentido se pronuncia CABANAS TREJO, R., cit. pág. 136.

individuales y para la sociedad²⁰¹, por ello, debe plasmarse de una forma correcta y completa la justificación de cada aspecto recogido en el proyecto de fusión. A pesar de que se prescinda formalmente del informe, ésta información habrá de ser facilitada a los socios, los cuáles además podrán interrogar a los administradores en el transcurso de la Junta, para decidir en qué sentido votar²⁰². En el caso en que algunos de los administradores no estén de acuerdo con la fusión, sería difícil reflejar esta discordancia mediante la negativa a la firma y expresando el motivo de oposición, ya que estos documentos no existen formalmente, siendo la única opción factible que conste en el acta esta circunstancia.

El problema residirá en aquellos otros casos en los que hayan sido los socios los que han realizado las negociaciones sin conocimiento de los administradores, los cuales acudirán a la reunión sin saber en qué va a consistir la operación. Después de la celebración de la junta, los administradores serán los encargados de realizar el resto de trámites para culminar con éxito la fase ejecutiva de la fusión. Si son contrarios a la fusión, para exonerarse de responsabilidad no bastará con que el acuerdo que han de ejecutar haya sido adoptado por la junta general (art. 236.2 LSC), sino que tendrá que quedar clara su oposición al acuerdo, lo cual sólo se podrá conseguir a través de su dimisión, la impugnación del acuerdo o podrán aceptar la responsabilidad que ocasionalmente se les pueda exigir²⁰³.

Informe de expertos independientes

El informe de experto independiente²⁰⁴ es un documento explicativo y examinador que verifica los datos aportados por los órganos de administración²⁰⁵. Pretende reforzar las garantías de protección de los derechos patrimoniales que poseen los socios y demás interesados en la operación. Será exigible tal informe sólo en los casos en los que la

²⁰¹ Esta es la posición mantenida también por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «Informe de los Administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. I, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 495-496.

²⁰² En similar sentido puede verse, ANSÓN PEIRONCELY, R., cit. pág. 77.

²⁰³ Así lo entiende también CABANAS TREJO, R., cit. pág. 137.

²⁰⁴ O informes, ya que no ha variado con respecto al régimen plasmado en la LSA la alternativa que permite optar entre recurrir a una pluralidad de informes o a un único documento. La opción depende del criterio de los administradores respectivos, y en su adopción influirán criterios de transparencia, uniformidad y de costes (SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., cit. pág. 503).

²⁰⁵ Esta es la definición ofrecida por MARTÍ MOYA, V., 2010, cit. pág. 131.

sociedad resultante de la fusión sea anónima o comanditaria por acciones (art. 34.1 LME). Por lo tanto, es indiferente que se trate de una fusión homogénea o heterogénea (por ejemplo, interviniendo sociedades limitadas y anónimas), lo relevante es que las resultantes tengan aquél tipo social indicado²⁰⁶.

El informe del experto o expertos independientes desempeña una doble función²⁰⁷. En primer lugar, constituye una medida de protección preventiva del interés de los socios de las sociedades que participan en la fusión en relación con el tipo de canje, es decir, los métodos seguidos para establecerlo, su adecuación, y la relevancia de esos métodos, además de los valores a los que conducen y la descripción de las dificultades de valoración (aunque también deba pronunciarse sobre el resto de las cuestiones económicas relevantes, como por ejemplo, la fecha fijada para que a partir de la misma los socios participen en las ganancias sociales). Y en segundo lugar, es una medida de protección de los intereses de terceros respecto a la cobertura patrimonial efectiva de la cifra de capital de las sociedades resultantes de la fusión, cuando sean sociedades anónimas o comanditarias por acciones²⁰⁸.

El dictamen de los expertos no tiene carácter vinculante para los socios que podrán votar en el sentido que estimen conveniente²⁰⁹. Si bien, esto se cuestiona por algunos autores²¹⁰ por lo que respecta a la valoración de si el patrimonio aportado por las sociedades que se extingue si es igual al menos al capital de la nueva sociedad o al aumento del capital de la absorbente.

²⁰⁶ Esto a diferencia de lo que sucedía con el art. 94 LSRL que exigía tal informe tanto si la sociedad resultante era una sociedad limitada como si eran de este tipo social alguna de las intervinientes. No obstante, algunos autores y registradores mercantiles ya interpretaban el precepto en el sentido de exigir el informe sólo en los casos en que la sociedad resultante fuese SA.

Sin embargo, ha sido criticado el actual artículo 34 por parte de la doctrina, entendiendo que la norma en sede de fusión debe ser interpretada en el sentido de que el informe es necesario siempre que participe en la operación una SA o SComA, si bien éste solo deberá pronunciarse sobre la valoración del patrimonio aportado si la resultante es SA o SComA (GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 162-163).

²⁰⁷ Lo destaca GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 161.

²⁰⁸ Se trata de una extensión más del principio de realidad del capital social, toda vez que intenta evitar la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial o que se emitan por debajo de su valor patrimonial (EMBED IRUJO, J.M., 2001, cit. pág. 2264).

²⁰⁹ Se trata de que ese informe resulte «objetivamente suficiente para formar el criterio de los accionistas que han de decidir» sobre el acuerdo de fusión en la futura junta (SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., cit. págs. 515-516).

²¹⁰ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 167 y ss.

Una novedad importante y conflictiva de la LME, fue el artículo 34 en su apartado 5 (en su redacción original) que permitía que se prescindiera del informe del experto si así lo acordaban la totalidad de los socios con derecho de voto de cada una de las sociedades que intervienen en la fusión²¹¹. El problema residía en saber si la dispensa del informe se refería tan sólo a la valoración de los aspectos económicos del proyecto (tipo de canje, etc.) o si también afectaba a la segunda función del informe, el control de la cobertura real de la cifra de capital de la sociedad resultante de la fusión. Parte de la doctrina²¹², y la DGRN²¹³, habían venido entendiendo acertadamente que en tales casos

²¹¹ Se ha indicado que esta no exigencia del informe de expertos favorecerá la fusión de sociedades anónimas familiares o de escaso número de socios, sin necesidad de una previa transformación en sociedad limitada, evitándose así los costes vinculados a la elaboración de tal informe (SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., cit. pág. 504).

²¹² En este sentido se puede consultar GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 169 y ss. que realiza un estudio detallado de la cuestión y de su tratamiento en las sucesivas modificaciones de las Directivas comunitarias tanto sobre las fusiones como escisiones, hasta la última efectuada por la Directiva 2009/109/CE.

²¹³ Resolución DGRN de 2 de febrero de 2011: Se presentó a inscripción una escritura de fusión de sociedades anónimas y limitadas, en la que la beneficiaria o absorbente de la fusión era anónima. En las respectivas Juntas Universales se dispensa por unanimidad, de conformidad con el art. 34.5 LME, del informe de expertos independientes sobre el proyecto de fusión y sobre la valoración del patrimonio social no dinerario transmitido a la beneficiaria. Se suspendió la inscripción por no acompañarse el informe del experto independiente nombrado por el Registro Mercantil, a los efectos de la valoración del patrimonio social no dinerario transmitido a la sociedad absorbente. Entendió el registrador que lo que puede ser dispensado por la Juntas Generales de las sociedades participantes en la fusión es el informe sobre el proyecto común de fusión, es decir sobre el canje de acciones o participaciones, pues ello es algo que sólo interesa a los socios, pero en ningún caso podría dispensarse del informe sobre el patrimonio social no dinerario pues ello afecta a los terceros, y que además es exigido por la segunda Directiva de sociedades, por el art. 67 de la LSC para los aumentos de capital en anónimas y por los art. 18.3, 49 y 52 de la propia LME. Se interpuso recurso alegando la literalidad del artículo 34.5 LME y que el proyecto fue depositado sin reservas en el Registro mercantil competente. La DGRN confirmó el acuerdo de calificación conforme a los siguientes argumentos: 1) El doble contenido diferenciado del informe que el experto debe emitir: sobre los aspectos propios de la operación (tipo de canje de las acciones o participaciones), y sobre el hecho de que el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen sea igual, por lo menos, a la cifra en que se aumenta el capital social de la absorbente (art. 34.3 LME); 2) La exigencia de dicho informe «no es sino consecuencia del principio de realidad del capital social, según el cual es nula la emisión de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad y no cabe emitir acciones por una cifra inferior a la de su valor nominal (artículo 59 de la Ley de Sociedades de Capital)»; 3) «El informe del experto independiente sobre la equivalencia entre el patrimonio aportado y el aumento del capital de la sociedad absorbente es exigido en interés no sólo de los accionistas sino también de los acreedores sociales, por lo que no puede dejarse al arbitrio de aquéllos exclusivamente. Por ello, la norma del artículo 34.5 de la Ley 3/2009, en cuanto permite prescindir del informe del experto independiente «cuando así lo haya acordado la totalidad de los socios con derecho de voto... de cada una de las sociedades que intervienen en la fusión», debe ser interpretada en el sentido de que dicha renuncia puede tener como objeto únicamente el informe sobre el proyecto común de fusión»; y 4) Tras el examen de las Directivas Comunitarias, en especial de la Directiva 2009/109/CE, resulta «que, pudiendo prescindirse del informe sobre el proyecto de fusión por voluntad de los socios, será siempre necesario un informe de experto sobre la suficiencia económica de la aportación patrimonial que constituya el contravalor del aumento del capital de la sociedad absorbente».

Sin embargo, GARCÍA-VALDECASAS, J. A., Registrador Mercantil de Granada, que se ha pronunciado sobre esta RDGRN (antes de la reforma que a continuación mencionaremos), considera que el artículo 34.5 LME se refería a una dispensa total del informe del experto, basándose en los siguientes argumentos: paulatina implantación de la superación del concepto capital como garantía de los acreedores; la propia literalidad del precepto, que se refería globalmente a la dispensa del proyecto

lo que se dispensa es el informe de experto sobre el proyecto de fusión y el tipo de canje, pero no así el informe de experto sobre el patrimonio aportado, en su caso, como contravalor del capital de una SA, lo cual concuerda más con la reforma efectuada por la Directiva 2009/109/CE. Las dudas parecen que se han zanjado con la reforma introducida por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedad de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, que modifica los apartados 4 y 5 del artículo 34²¹⁴, y viene a distinguir entre el doble contenido del informe del experto independiente, eximiendo de la pronunciación sobre el tipo de canje, pero no sobre la cobertura real de la cifra de capital de la sociedad resultante de la fusión, en los casos de acuerdo unánime y de fusiones con sociedades participadas²¹⁵.

Por lo que hemos podido comprobar, el precepto fue fuente de problemas interpretativos, pero lo que sí podemos afirmar con seguridad, es que en el caso en que estamos estudiando de posibilidad de aplicación del artículo 42 LME, al ser el ámbito subjetivo de aplicación diverso el de uno y otro precepto, no es aplicable el artículo 34 LME por estar destinado a fusiones en que la sociedad resultante sea una SA o SComA, tipos sociales que se excluyen de la aplicación de la fusión «súper simplificada» del artículo 42 LME. Directamente cuando participen y resulten sociedades con otra forma

común de fusión, comprendiendo sus dos finalidades; el principio de proporcionalidad (toda restricción o limitación del derecho interno a una actividad económica deber ser proporcionada a los fines perseguidos, en este caso la simplificación y la eliminación de costes innecesarios); la falta de claridad en las Directivas; la visión de la fusión como un acto complejo no escindible en dos; otras resoluciones de la DGRN; y los otros medios de tutela con los que cuentan acreedores y terceros. (Se puede acceder al comentario que realiza a la resolución de la DGRN en <http://www.notariosyregistradores.com/RESOLUCIONES/2011-MARZO.htm>).

²¹⁴ Los apartados mencionados quedan redactados en los siguientes términos:

«4. El informe del experto o de los expertos estará dividido en dos partes: en la primera, deberán exponer los métodos seguidos por los administradores para establecer el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas de los socios de las sociedades que se extinguen, explicar si esos métodos son adecuados, con expresión de los valores a los que conducen y, si existieran, las dificultades especiales de valoración, y manifestar la opinión de si el tipo de canje está o no justificado; y, en la segunda, deberán manifestar la opinión de si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, al menos, al capital de la nueva sociedad o al importe del aumento del capital de la sociedad absorbente.

5. El contenido del informe del experto o de los expertos sobre el proyecto de fusión estará integrado únicamente por la segunda parte en los siguientes casos:

a) Cuando, en todas las sociedades que participen en la fusión, así lo hayan acordado todos los socios con derecho de voto y, además, todas las personas que, en su caso, según la ley o los estatutos sociales, fueran titulares de ese derecho.

b) Cuando la sociedad absorbente fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones en que se divida el capital social de la sociedad o sociedades absorbidas.»

²¹⁵ Crítica la reforma efectuada FERNÁNDEZ DEL POZO, L., 2011-2012, cit. pág. 141-160, en especial, págs. 143 y 144.

social no será necesario el informe de expertos –cuestión que tampoco ha sido pacífica en la doctrina-²¹⁶. No obstante, en el caso de fusiones heterogéneas, y en especial cuando intervenga una sociedad cooperativa, de considerar necesario un informe de expertos sobre el patrimonio no dinerario, éste es independiente de las demás exenciones informativas del artículo 42 LME, ya que no recae sobre un proyecto de fusión²¹⁷.

4. Balance de fusión

El artículo 42 LME tras la referencia a la inaplicabilidad de las normas generales sobre el proyecto, se refiere a las del balance de fusión que se establecen en la Sección III del Capítulo I, Título II (arts. 36 a 38 LME)²¹⁸. Debemos cuestionarnos cuáles son las normas que el legislador ha considerado generales y que, por tanto, están exentas de cumplir las sociedades participantes en la fusión.

Podríamos comenzar por preguntarnos si se está refiriendo a la propia existencia del balance de fusión. Si realizamos una interpretación similar a la realizada con el proyecto de fusión, podríamos concluir que la norma más general es aquélla que impone el propio balance, por lo que el artículo 42 permitiría prescindir de él²¹⁹. Gran parte de la doctrina le reconoce un carácter simplemente informativo al balance, ya sea el balance de ejercicio, que se haya asumido expresamente a estos efectos como balance de la operación, como si se trata de un balance *ad hoc*²²⁰. Nos encontramos ante un documento informativo que carece de cualquier eficacia contable²²¹ y que no posee, por

²¹⁶ Puede verse al respecto en el marco de las fusiones apalancadas a RONCERO SÁNCHEZ, A., 2010-2012, cit. pág. 260.

²¹⁷ Así lo considera CABANAS TREJO, R., cit. pág. 137.

²¹⁸ Estos artículos mantienen en lo fundamental el modelo plasmado en el derogado art. 239 LSA, lo que dota de plena vigencia los materiales referidos al mismo, entre los que destacan posiciones fundadamente críticas que vienen denunciando la insuficiencia del citado balance a la hora de satisfacer la función informativa que se le atribuye (SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., cit. pág. 520).

²¹⁹ Sostiene esta interpretación en un primer acercamiento CABANAS TREJO, R., cit. pág. 138.

²²⁰ Como documento absolutamente esencial y previo al propio proyecto de fusión lo califica BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., cit. pág. 745, puesto que el tipo de canje, que debe figurar en éste, ha de establecerse en base al valor real de las acciones, participaciones o cuotas que resulte precisamente de los balances de fusión de las distintas sociedades que participan en la fusión.

²²¹ Esta conclusión resulta del Borrador de normas contables del ICAC (Boletín del ICAC n.º 14, Octubre 1993), que no permite que pasen a la contabilidad las actualizaciones que se pueden introducir en este balance, como cita GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 179.

ello, relevancia para terceros²²². Si la función principal que desempeña el balance de fusión es informativa para los socios²²³, se explicaría así que se dispensara su presentación si son los propios socios los que deciden seguir el procedimiento «*súper simplificado*» del artículo 42 LME renunciando por ello también al balance. Por tanto, a pesar de la información contable útil que suministra para el cálculo del tipo de canje, no sería necesario que el balance fuese aprobado por la junta de socios.

No obstante, la mención que realizan a este documento el artículo 43 (publicación del acuerdo) y el artículo 45.1 LME (contenido de la escritura), los cuáles no se sitúan dentro de la sección segunda o tercera que son las exceptuadas de aplicación, no debe desvirtuar las conclusiones anteriormente realizadas, puesto que estos artículos no regulan la necesidad del balance, sino los requisitos formales de la publicación y la escritura en general, siendo el artículo 42 una norma especial que prevalece. Además, el artículo 42 exime de la aplicación de las normas sobre adopción del acuerdo, entre las que se encuentra la necesidad de aprobación del balance (art. 37 LME *in fine*)²²⁴.

Actualmente se regula el tipo de canje en el artículo 25 LME, el cuál se establece sobre la base del valor real del patrimonio. Los Tribunales no han restringido los criterios utilizables a uno sólo, sino que consideran que existen múltiples métodos para el cálculo del tipo de canje. Se prevé además, en su apartado segundo, la posibilidad de efectuar el pago de una compensación económica (con el límite del 10% del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas).

El artículo 38 LME prevé la posibilidad de impugnar el balance de fusión. Dicha impugnación no suspende la ejecución de la fusión²²⁵. El precepto establece que «a

²²² Como nos recuerda CABANAS TREJO, R., cit. págs. 138-139, algunos autores prefieren hablar de estado contable, como hace la Tercera Directiva, para evitar malentendidos, puesto que no es un balance en sentido contable.

²²³ Así lo viene considerando tanto la doctrina (por ejemplo, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., cit. pág. 520), como la DGRN, que en su resolución de 22 de marzo de 2002 sostuvo que «se trata de un requisito cuyo alcance es simplemente informativo [...] En efecto, desaparecido el derecho de separación [...], y por ende descartada la función del balance de fusión como instrumento para la fijación de la cuota correspondiente al socio que ejercitara ese derecho, no es sino un elemento que refleja la situación patrimonial existente en el momento de la fusión».

²²⁴ Sostiene igual postura GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 261. En cambio, considera MARTÍ MOYA, V., 2011-2012, pág. 94 que es necesario el balance de fusión aún cuando se aplique el artículo 42 LME.

²²⁵ Esta mención sobre la impugnación del balance, procede de la LSA de 1951, en la que el balance era el documento que servía para el cálculo de la cuota de liquidación en el caso de derecho de separación. Por

solicitud del socio²²⁶ que se considere perjudicado por la relación de canje establecida, podrá someterse al Registrador mercantil del domicilio social²²⁷ la designación de experto independiente que fije la cuantía de la indemnización compensatoria²²⁸, siempre que así se hubiera previsto en los estatutos o decidido expresamente por las juntas que acuerden la fusión o escisión de sociedades. La solicitud al Registrador mercantil se efectuará en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la publicación del acuerdo de fusión o escisión en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*²²⁹ y se sustanciará por las reglas establecidas en el Reglamento del Registro Mercantil²³⁰.

Surgen dudas sobre esta impugnación del balance, por ejemplo, si es posible si no se utiliza esta vía expresamente prevista, después impugnar la fusión, o si es posible impugnar la valoración del experto independiente, o por qué no se ha condicionado la solicitud al previo sentido del voto en la junta sobre la fusión (para evitar la «fusión a la carta» como alude la STS de 29 de noviembre de 2002²³¹). En cualquier caso, no es un derecho que posea el socio en toda fusión, sino solamente en aquellos supuestos en los que se haya previsto esta posibilidad en los propios estatutos de las sociedades que se

tanto, es un residuo histórico, que lo que reconocía era la posibilidad de impugnación de la fusión por lesión patrimonial al socio por efecto de la fusión. Así lo caracteriza GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 182.

²²⁶ Ha de entenderse que es el propio socio el que directamente debe realizar la solicitud al Registro, no tendría sentido que tuviera que hacerlo a través de la sociedad, la cuál podría hacer la impugnación fuera de plazo para evitar la compensación.

En contra de esta interpretación ÁVILA NAVARRO, P., cit. págs. 387-388, que considera que «parece que el socio podrá acudir a la sociedad, no directamente al Registro Mercantil, para que la sociedad canalice las diversas peticiones recibidas; pues no puede permitirse que el Registro reciba varias peticiones y haga varios nombramientos que conducirían quizá a resultados distintos para unos socios y para otros».

²²⁷ Debe entenderse que será competente el registro mercantil de la sociedad de cada solicitante.

²²⁸ La compensación no debería ser sólo para el solicitante, aunque la Ley parezca apuntar esta opción, ya que como señala GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 183, «la reclamación afecta a todos los socios de la sociedad perjudicada. Por una parte, por elementales criterios de justicia, ya que existiría un enriquecimiento injusto de algunos socios. Los socios que no reclamaran se verían doblemente perjudicados: por una parte por el tipo de canje, y por otra por el menoscabo patrimonial de la sociedad que tendría que pagar esa indemnización. Además, es coherente que sea así, porque la impugnación de la fusión, que es la alternativa a esta indemnización, afectaría a todos». En este sentido también ÁVILA NAVARRO, P., cit. págs. 387-388.

Por otra parte, la doctrina viene entendiendo generalmente que es posible superar el límite del 10% en la compensación. En contra, ÁVILA NAVARRO, P., cit. págs. 387-388, que entiende que «si la cuantía fijada por el experto excede de ese diez por ciento, la sociedad se verá en un grave aprieto: porque evidenciaría que la relación de canje está mal hecha. En ese caso, si la fusión no ha sido inscrita, tendrá que rehacerse el proyecto modificando la relación de canje; si la fusión ha sido inscrita, no queda más solución que aceptar un pago superior al diez por ciento».

²²⁹ También podrá iniciarse el cómputo desde el envío de la comunicación individual del acuerdo de fusión (art. 43.2 LME).

²³⁰ El modo de impugnación es una novedad que permite encauzar la impugnación a través de un procedimiento especial para solucionar extrajudicialmente el problema de lesión por el tipo de canje.

²³¹ Citada por CABANAS TREJO, R., cit. págs. 139-140.

fusionan, o si así lo acuerdan las juntas (cuando se haya incluido en el proyecto común de fusión).

Una vez hecho este inciso, debemos preguntarnos qué sucede con los demás interesados en la fusión que no participan en la adopción del acuerdo, pero que la LME les reconoce el derecho de examen de determinados documentos, entre los que destacamos ahora el balance de fusión. No sólo ya el artículo 39 LME que es con anterioridad a la adopción del acuerdo (y que se refiere a los socios, obligacionistas y titulares de derechos especiales), sino que, como ya mencionamos, el artículo 43.1 LME sobre la publicación del acuerdo de fusión, exige que se deje constancia del derecho que asiste a los acreedores de obtener el balance de fusión. El balance podría ser útil para el ejercicio del derecho de oposición, sobre todo si se considera que el mismo no se limita a aportar información del patrimonio contable, sino una valoración actualizada del patrimonio real de la sociedad²³². Sin embargo, el derecho de oposición no se ve limitado porque los acreedores no obtengan esta información, y los acreedores que no posean este derecho deberán acudir a los remedios que les ofrece el derecho común. De todas formas, la información contable actualizada se encontrará en el Registro mercantil por el depósito de las cuentas, que si no se hubiese realizado pertinentemente podría dar lugar al cierre del registro, lo cual impediría la inscripción de la fusión. El artículo 43.1 LME ha de ser interpretado de una forma coherente en conexión con el artículo 42 LME, por lo que el derecho a obtener el balance se verá suprimido si se ha seguido el procedimiento simplificado, y deberá constar así en el anuncio²³³.

Se puede atribuir al balance otra función²³⁴, esto es, la de ayudar a determinar la cifra de capital de la sociedad resultante (ya sea de nueva creación, o del aumento del de la absorbente)²³⁵, por lo que si no contáramos con él, sería difícil el control por parte del registrador mercantil sobre la integridad del capital (al menos en una SRL). No obstante, no nos encontraríamos en una situación diversa a lo que sucede con una aportación no dineraria al capital de una SRL, donde se ha de «*confiar*» en las valoraciones atribuidas. En caso de falta de integridad del capital debería acudirse a los

²³² No obstante, CABANAS TREJO, R., cit. págs. 140-142, no considera que esta función sirva para resucitar un eventualmente desaparecido documento contable.

²³³ Así lo entiende también CABANAS TREJO, R., cit. págs. 140-142.

²³⁴ A parte de la informadora y de otras como la de servir de balances finales para las sociedades que se extinguen (MARTÍ MOYA, V., cit. pág.161).

²³⁵ En este sentido puede verse ANSÓN PEIRONCELY, R., cit. pág.68.

mecanismos de exigencia de responsabilidad de los administradores y a una posible nulidad de la nueva sociedad por falta de desembolso íntegro (arts. 47.4 LME y 56.1.g) LSC)²³⁶.

Con la reforma efectuada por la Directiva 2009/109/CE en el artículo 11 de la 3ª Directiva y en el artículo 9.1 de la 6ª Directiva, en primer lugar, no se exigirá la redacción de un estado contable *ad hoc* para la operación si la sociedad publica un informe financiero semestral, de conformidad con el artículo 5 de la Directiva 2004/109/CE (emisor cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado que publica informes financieras semestrales), y lo pone a disposición de los accionistas. Y en segundo lugar, aunque exclusivamente en el art. 11.1 de la Tercera Directiva (por lo tanto, desde la perspectiva comunitaria, exclusivamente aplicable a la operación de fusión) los Estados miembros podrán eximir de la presentación de este estado contable si así lo han acordado todos los socios con derecho a voto de todas las sociedades que participen en la fusión²³⁷. Ninguno de estos dos nuevos supuestos de exención de la información contable previstos por la Directiva 2009/109/CE tienen reflejo en la vigente regulación española, debiendo ser el primero de ellos al menos traspuesto obligatoriamente a nuestro ordenamiento, quedando el segundo a criterio del legislador español.

Como hemos visto, la interpretación más adecuada es la que considera que es posible prescindir del balance de fusión, pero debemos concretar más. El balance de fusión es de cada una de las sociedades, no es un balance común –a diferencia de lo que sucede con el proyecto–, por lo que alguna de ellas podrán presentarlos y otras no. No obstante, la ausencia de balance de fusión en alguna de las sociedades deberá ser respaldada por las demás²³⁸. Si algunas de las sociedades sí presentan el balance, lo deberán incorporar a la escritura.

²³⁶ Consideramos acertadas las conclusiones en este aspecto de CABANAS TREJO, R., cit. págs. 142-143.

²³⁷ Esta exención esta pensada para situaciones en las que, por las especiales circunstancias concurrentes en la operación, los socios tienen suficientes elementos de juicio para decidir sobre la misma, por lo que la redacción de un estado contable es redundante para ellos mientras que reporta un coste importante para las sociedades participantes (CONDE TEJÓN, A., 2010-2011, cit. págs. 532-533).

²³⁸ La falta de balance de una de ellas es una incidencia del proceso que ha de ser aceptada por las demás, y en ausencia de un proyecto común de fusión tal aceptación sólo puede resultar de los respectivos acuerdos sociales, en los que habrá de dejarse constancia expresa de dicho extremo (CABANAS TREJO, R., cit. pág. 143).

En cualquier caso, el que se posibilite la ausencia de balance de fusión, no supone que los administradores se vean liberados de su deber de suministrar información tanto a los socios como a los representantes de las demás sociedades intervinientes en la fusión. Deberán informar sobre los criterios y valores asumidos para la fijación del tipo de canje y de cualquier alteración patrimonial relevante posterior.

Sin embargo, aunque la Ley exima del balance de fusión²³⁹, lo más corriente en la práctica será, que exista un balance, pero que no cumpla todos los requisitos previstos los artículos 36 y 37 LME. Es obvio que si la LME permite que ni siquiera exista un balance, no debería impedir que se cuente con uno de más de seis meses de antigüedad o que no haya sido verificado por el auditor de cuentas de la sociedad²⁴⁰.

El artículo 36 LME establece que podrá considerarse balance de fusión, el último balance de ejercicio aprobado, siempre que hubiere sido cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión; o también se podrá elaborar un balance específico de fusión cerrado con posterioridad al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión. Al no existir proyecto de fusión, no tiene sentido respetar estos plazos respecto del acuerdo adoptado en junta según el artículo 42 LME²⁴¹. Normalmente, será empleado como balance de fusión un balance de ejercicio cerrado con más de seis meses de anticipación a la fecha de la junta²⁴².

²³⁹ Sin embargo, en el caso de fusiones heterogéneas en las que participa como sociedad extinguida una cooperativa, siendo la resultante una sociedad mercantil, algún autor considera que como la legislación cooperativa impone un destino concreto a ciertos fondos (puede verse por ejemplo el artículo 67.III LCoop), no puede eximirse del balance de fusión. No obstante, esto no impide que sí puedan ser inaplicables algunos de los restantes requisitos a los que se refiere el artículo 42 LME (CABANAS TREJO, R., cit. pág. 146).

²⁴⁰ En la práctica, con frecuencia, cuando se sigue el procedimiento simplificado del artículo 42 LME no existe un balance de fusión [por ejemplo, BORME núm. 201, miércoles 21 de octubre de 2009 pág. 32558 (PÉREZ –MARSÁ Y ASOCIEDOS, S.L. –absorbente, QUIJANO 2006, SRLU –absorbida)], pero también existen casos en los que se presenta un balance pero no respeta el plazo legal impuesto para el procedimiento general de fusión, como por ejemplo, BORME núm. 181, lunes 20 de septiembre de 2010, pág. 29599 (MASTROC MANAGEMENT, SRL –sociedad absorbida, MEGATECH INDUSTRIES, SRL –sociedad absorbente) o BORME núm. 15, lunes 25 de enero de 2010, pág. 1362 (UNISYS ESPAÑA, SRLU –sociedad absorbida, UNISYS CONSULTING ESPAÑA, SRL –sociedad absorbente).

²⁴¹ Aunque sostiene igual interpretación, GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 261-262 considera que ésta posición «nada aporta en realidad a los posibles interesados, pues en cualquier caso se estará incorporando un balance que ya está disponible a través de la publicidad del depósito de cuentas de las sociedades».

²⁴² Los tribunales han sido algo flexibles en los casos de fusiones «ordinarias» respecto al balance, por ejemplo, la SAP Barcelona de 5 de mayo de 2008 resuelve un caso en que el balance cumplía el plazo respecto del proyecto, pero se introducía con posterioridad una modificación al mismo, entendiendo que esto no invalidaba ese balance (GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 180).

Por lo que respecta a la verificación del balance y las modificaciones de las valoraciones contenidas en el mismo referidas en el artículo 37 LME, que ha de ser realizado por el auditor de cuentas de la sociedad, cuando exista obligación de auditar²⁴³, si estamos ante un balance específico de fusión, la sociedad no viene obligada a que el auditor verifique el balance por las normas generales del derecho de sociedades, sino que se trata de una norma propia del proceso de fusión. Por lo cual, dicha norma podrá ser excepcionalmente no aplicada si se sigue la vía del artículo 42 LME, porque la verificación del balance se efectúa para ofrecer mayores garantías principalmente para los socios, y si estos adoptan el acuerdo por unanimidad a pesar de esta circunstancia – no verificación del balance- deberá permitirse que así sea²⁴⁴. Podrán, por tanto, alguna o todas las sociedades participantes en la fusión que tengan la obligación de auditar, presentar un balance *ad hoc* que no cumpla este requisito de la verificación, siempre que, como hemos dicho, el acuerdo venga respaldado por la unanimidad de los socios y se ponga en conocimiento de las demás sociedades²⁴⁵.

5. Información sobre la fusión. Especial mención a los derechos de información de los representantes de los trabajadores

Continúa el artículo 42 LME en la segunda frase de su texto diciendo que «tampoco se aplicarán las normas relativas a la información sobre la fusión previstas en el artículo 39 [...]». El supuesto de hecho del artículo 39 LME lo ha conectado el legislador expresamente a la publicación o comunicación individual de la convocatoria, por lo que si esta no se produce, tampoco se puede informar en la forma que establece el precepto.

Entre los documentos que hay que poner a disposición de los socios, obligacionistas y titulares de derechos especiales, así como de los representantes de los trabajadores para su examen en el domicilio social –art. 39 LME-²⁴⁶, se encuentran el proyecto común de

²⁴³ Sostiene para el procedimiento de fusión general ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 385, que «es dudoso si los socios minoritarios, que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada o de comanditarias por acciones pueden pedir la auditoría de este balance, conforme al art. 205 LSA [actual art. 265.2 LSC] y 359 RRM, cuando la sociedad no estuviera de otro modo obligada a ella».

²⁴⁴ Lo entiende de igual forma GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 261-262.

²⁴⁵ Parece ser que, en la práctica, los registradores mercantiles vienen aceptando estos balances no verificados sin problemas.

²⁴⁶ Por fin ha corregido el legislador la rúbrica del precepto, que en la LSA, artículo 238 era «información a los accionistas sobre la fusión» y lo ha sustituido por el amplio círculo de sujetos destinatarios de la información, por el más genérico y correcto título de «información sobre la fusión».

fusión, los informes de los administradores y de los expertos independientes, y el balance de fusión, que como hemos venido diciendo, ya sea por que el artículo 42 habilita su ausencia o porque otros preceptos no lo exigen por el tipo de sociedad resultante –art. 34 LME–, estos documentos no se pondrán a disposición de estos sujetos. Sin embargo, a excepción del informe de expertos, habrá de informarse durante la celebración de la junta sobre el contenido que habrían de tener los demás documentos enumerados si se prescinde de ellos, o en el caso en que estos documentos existan pero sólo a meros efectos internos. Sobre los demás aspectos que enuncia el artículo 39 LME como los estatutos de la sociedad resultante o la identidad de los nuevos administradores, también se deberá ofrecer una información específica, aunque puede valer la dada en la junta.

Como se puede comprobar, no parece haber ningún problema para suministrar a los socios toda la información necesaria y exigida por el artículo 39 LME durante el desarrollo de la junta, o si se quiere con anterioridad sí es que ya se cuenta con ella, puesto que la necesaria presencia de todos los socios en la reunión como la votación unánime que se requiere, parece que convierte en suficiente la información suministrada de esta forma²⁴⁷. El problema reside en saber si las sociedades vienen obligadas a informar a los demás interesados y si es así de qué forma deben hacerlo si se prescinde de la convocatoria o comunicación de la junta.

Podemos comenzar por preguntarnos qué sucede con los representantes de los trabajadores, dado que tanto la doctrina como la propia Ley parecen haber dado una mayor relevancia a estos sujetos, o al menos, han sido estudiados en mayor profundidad. Prevé el artículo 42 en su segundo párrafo, que la inaplicación de todas las normas que hemos venido estudiando, «no restringirá los derechos de información que sobre el objeto y el alcance de la fusión, en particular sobre el empleo, corresponden a los representantes de los trabajadores».

No obstante, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., cit. págs.581- 582, lo califica como poco expresiva e imprecisa la nueva rúbrica, «ya que no se trata de regular toda la información sobre la fusión, sino la que se produce con ocasión –y más precisamente, desde la convocatoria- de la junta que ha de pronunciarse sobre ella y durante su transcurso».

²⁴⁷ Consideramos que el socio de una sociedad inserta en un proceso de fusión continúa disfrutando del derecho de información tal y como viene reconocido en el artículo 196 LSC. Así también lo interpreta EMBID IRUJO, J.M., 2001, cit. pág. 2284.

Son varios los preceptos que se refieren a los trabajadores, a sus representantes o al empleo. Así, por ejemplo, en primer lugar, tenemos el artículo 31.11ª LME, que dispone que dentro del contenido del proyecto de fusión deberá incluirse la mención a cuáles son las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, debiendo los administradores pronunciarse sobre este punto (art. 33 LME). Cuando se efectúe la convocatoria de la junta general, se ha de poner a disposición de los representantes de los trabajadores (a parte de otros sujetos), para su examen en el domicilio social, varios documentos (art. 39 LME)²⁴⁸, pudiendo además éstos (al igual que los socios) pedir la entrega o envío gratuito de copia de los documentos por cualquier medio admitido en derecho (art. 39.2 LME). Será en la convocatoria de la junta (o en la comunicación individual) donde se hará constar este derecho «a examinar en el domicilio social los documentos [...], así como el de obtener la entrega o envío gratuitos del texto íntegro de los mismos» (art. 40.2 LME)²⁴⁹. Aunque este último precepto no se refiere a los representantes de los trabajadores, y sólo hace mención al derecho que asiste a socios, obligacionistas y titulares de derechos especiales, dado que el artículo 39 sí que reconoce este derecho de acceso a la documentación a los representantes de los trabajadores, realizando una interpretación conjunta de ambos preceptos, no podemos entenderlos excluidos²⁵⁰.

En cualquier caso, no debemos confundir la disponibilidad de ciertos documentos con la publicación del llamamiento²⁵¹, puesto que la convocatoria de la junta según el tipo societario se puede realizar también a través de una comunicación individual a los socios, los demás interesados que tienen derecho a acceder a los documentos referidos en el artículo 39 LME, no tendrían conocimiento de que pueden ejercer ese derecho desde un determinado momento, porque la sociedad no está obligada a comunicarle

²⁴⁸ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., cit. págs. 581- 582, entiende que «los trabajadores no precisan de toda la información orientada a una decisión en la que no participan, pero sí una información preventiva suficiente sobre las características generales de la operación y su previsible impacto sobre el empleo».

²⁴⁹ El legislador español deberá modificar este artículo para adaptarse a la Directiva 2009/109/CE, pues incluya dos reformas en este ámbito concreto de obligada transposición. Por lo tanto deberá permitirse que el accionista que haya accedido a que la sociedad se sirva de medios electrónicos para transmitir información, pueda recibir tales copias por correo electrónico y que en caso de poner estos documentos a disposición de los socios en el sitio web de la sociedad, la misma quedará eximida de la puesta a disposición así como del envío, aunque en este caso el legislador podría optar por mantener la puesta a disposición. Es opcional, y por tanto el legislador español deberá decidir si lo hace y cómo, obligar a que la información se mantenga disponible durante un periodo específico posterior a la celebración de la junta (CONDE TEJÓN, A., 2010-2011, cit. pág. 535).

²⁵⁰ Pone de manifiesto la redacción confusa de la Ley en este aspecto ÁVILA NAVARRO, P., cit. págs. 395-396 y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., cit. págs. 539-540 que abogan por idéntica solución a la nuestra.

²⁵¹ CABANAS TREJO, R., cit. pág. 166.

individualmente a los que no son socios. De todo esto deriva que sea difícil que, siguiendo las normas sobre información a los trabajadores establecidas en el procedimiento general de fusión, se pueda otorgar una verdadera tutela a este derecho de información que asiste a los trabajadores, por ser en cierta medida la previsión de la Ley insuficiente o inadecuada²⁵². Por ello, debe completarse con la legislación laboral²⁵³.

Es el artículo 44 ET (normas sobre sucesión de empresas) el que otorga una auténtica tutela a los trabajadores en las fusiones, puesto que el cambio de titularidad no extingue por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social del anterior. Por ello, no se requiere el consentimiento de los trabajadores para que sea válida la fusión, ya que persisten en sus condiciones de trabajo tanto los contratos individuales como los convenios colectivos. Sin embargo, si podrá extinguir el contrato de trabajo la sociedad resultante de la fusión por otras causas que vengas reconocidas en el ordenamiento laboral²⁵⁴.

Dispone el artículo 44.8. II ET que en los supuestos de fusión y escisión, el cedente y cesionario habrán de informar a los representantes de los trabajadores, y en su defecto, a los trabajadores que pudieran resultar afectados, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos. La información ha de ser: la fecha prevista de la transmisión, los motivos de la transmisión, las consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores; y las medidas previstas respecto de los trabajadores (art. 44.6 ET). Como en el supuesto del artículo 42 LME se puede prescindir de la convocatoria de las juntas, cabe cuestionarse cuando hay que facilitar tal información a los representantes de los trabajadores. La solución se

²⁵² Considera ÁVILA NAVARRO, P., cit. págs. 409-410 que para coordinar todos los intereses, la notificación o puesta a disposición a favor de los trabajadores deberá hacerse, si es posible, comunicándoles previamente la intención de reunirse en junta universal y adoptar determinados acuerdos; si no, puede hacerse después de la junta universal, por comunicación directa o en la publicación del acuerdo de fusión.

²⁵³ La propia DA 1ª dispone que «1. Lo previsto en esta Ley se entiende sin perjuicio de los derechos de información y consulta de los trabajadores previstos en la legislación laboral.

2. En el supuesto de que las modificaciones estructurales reguladas en esta Ley comporten un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, serán de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo».

²⁵⁴ Así lo considera CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A., cit. pag. 49.

encuentra, como indican algunos autores²⁵⁵, en el primer párrafo del artículo 44.8 ET al decir que «el cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión». En nuestro caso, por tanto, podríamos fijar esta fecha límite en el momento de la escritura de fusión, momento anterior a que sea efectiva la fusión, aunque la información se podrá ofrecer con anterioridad a este momento²⁵⁶. El incumplimiento de esta obligación no afecta a la validez de la fusión, pero sí puede constituir una falta empresarial grave tipificada en el artículo 7.11 LISOS.

Por otro lado, el artículo 64 ET establece el derecho del comité de empresa (o delegados de personal, art. 62.2 ET; y para los delegados sindicales art. 10.3 LOLS) a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo de la empresa, debiendo emitir informe²⁵⁷, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, entre otros asuntos, sobre los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo» [art. 64.5 ET, en especial, apartado d)]²⁵⁸. Según el artículo 64.6 ET, los informes que deba emitir el comité de empresa deberán elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que

²⁵⁵ Por ejemplo, CABANAS TREJO, R., cit. pág. 168.

²⁵⁶ Con mayor antelación ha de ser puesta a disposición esta información según GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 262-263 que estima que «lo correcto es que esa comunicación se realice al menos un mes antes del otorgamiento de la escritura de fusión (resolución de la DGRN de 10 de junio de 1993). Además, no hay que olvidar que esas comunicaciones han de realizarse tanto a los trabajadores de la sociedad absorbente como de las sociedades que se extinguen, como resulta del propio art. 44 ET»; o según MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., cit. pág. 583, que considera que hay que poner a disposición esta información, «a más tardar, *con una antelación de un mes* a la celebración de la junta de socios».

²⁵⁷ Considera ANSÓN PEIRONCELY, R., cit. págs.78-79, que «los representantes de los trabajadores tienen derecho de consulta: ésta debe permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones al respecto [...] En cualquier caso, el Informe del comité de empresa se entiende sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario, con lo que no es vinculante para éste. Sin perjuicio de lo cual, ambos actuarán con espíritu de cooperación, en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores».

²⁵⁸ Esto resulta aplicable tanto a los trabajadores de la sociedad que se extingue por la fusión como a los de la absorbente preexistente; y es lógico, porque la fusión puede afectar por igual a unos y otros (ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 383).

hayan sido solicitados y remitidas las informaciones correspondientes²⁵⁹. No será necesario este informe cuando se estime que no afectará al volumen de empleo. El incumplimiento de esta obligación no afecta a la validez de la fusión, pero está tipificado como infracción empresarial grave (art. 7.7 LISOS).

Por lo que respecta al control que debe efectuar el registrador mercantil sobre el cumplimiento de estos deberes de información, como la información se ha podido suministrar separadamente al proyecto de fusión, no podrá éste calificar sobre la corrección o incorrección de estas menciones en el proyecto (art. 31.11ª LME), sólo debe comprobar que se ha incluido en la escritura la mención de haber efectuado la correspondiente puesta a disposición de los documentos referidos en el artículo 39 LME²⁶⁰.

El artículo 42 LME, al excluir la aplicación de los artículos que, como hemos visto, hacen mención expresa a la información que se debe suministrar a los representantes de los trabajadores (arts. 31.11ª, 39 y 40.2 LME), no será con la convocatoria de la junta cuando se le ofrezca esta información a los representantes de los trabajadores, sino que habrá que seguir las normas laborales que hemos estudiado brevemente²⁶¹. Pero como el incumplimiento de estas últimas normas no pone en duda la validez de la fusión, no sería necesario que conste en la escritura de fusión que se ha suministrado tal información²⁶². Pero en la práctica, será conveniente que se realice una declaración

²⁵⁹ La información le ha de ser suministrada como máximo en el momento de la elevación a escritura pública de los acuerdos de fusión como habíamos concluido para la correcta aplicación del artículo 44 ET.

Estima ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 383 que lo que importa es que el informe pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones, lo cual se cumple tanto con el conocimiento por la junta al tomar el acuerdo, como por la administración al ejecutarlo; precisamente esa alternativa, antes de adoptar o de ejecutar, permite la adopción del acuerdo en junta universal y la emisión del informe después.

²⁶⁰ Lo interpreta de esta forma también CABANAS TREJO, R., cit. pág. 171.

²⁶¹ Sería absurdo que por la salvedad realizada en el artículo 42. II párrafo al respeto del derecho de información de los representantes de los trabajadores, obligara a presentar el proyecto, el balance, los informes, etc. Lo lógico es entender que en una fusión sin proyecto o sin convocatoria, la información de los trabajadores debe proporcionarse al margen de ésta y documentarse de otra manera (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., cit. págs.581- 582).

²⁶² No es aplicable el artículo 227.2.1ª RRM por no serlos tampoco ni los artículos 39 ni 40.2 LME que vienen a corresponderse con los artículos 238 y 242.2 LSA. No obstante, sí serán aplicables en aquellos casos en los que se trate de un procedimiento general de fusión en el que los acuerdos se hayan adoptado en junta universal, pero bastará «con manifestar que dichos documentos se pusieron a disposición de los representantes de los trabajadores, en la forma marcada por la ley, [...] sin tener que indicar en la escritura el medio empleado y mucho menos que éste reclame algún tipo de comunicación fehaciente o publicación que el registro pueda controlar» (CABANAS TREJO, R., cit. pág. 173).

manifestando que se ha informado a los representantes de los trabajadores o a los trabajadores sobre el objeto y el alcance de la fusión, en particular sobre el empleo, para que los registradores mercantiles no se opongan a la inscripción²⁶³.

Por lo que respecta a los demás interesados en la fusión a los que alude el artículo 39 LME²⁶⁴, es decir, obligacionistas y titulares de derechos especiales, es difícil que, dado el tipo societario de las sociedades intervinientes en la fusión, existan alguno de estos sujetos más propios de las sociedades anónimas o comanditarias por acciones.

Por lo que se refiere a los obligacionistas, la LSC mantiene lo ya establecido al respecto en la SRL, por lo que le queda prohibida la emisión de obligaciones a la sociedad de responsabilidad limitada (art. 402 LSC –antiguo art. 9 LSRL-), a las personas físicas, y a las sociedades civiles, colectivas y comanditarias simples (DA 1ª LSC –antiguo DA 3ª LSRL-). Restaría, por tanto, la sociedad cooperativa que puede tener obligacionistas (art. 54.1 LCoop), y se duda la posible admisión de obligacionistas en el caso de agrupaciones de interés económico.

En cuanto a los titulares de derechos especiales, se han incluido tradicionalmente en esta categoría las ventajas de fundador (art. 27 LSC) y los bonos de disfrute (art. 341 LSC), que sólo se han previsto para las sociedades anónimas. Es difícil determinar si pueden existir estas figuras en otras formas sociales, como la SRL, aunque algún autor parece aceptarlo²⁶⁵, en la práctica al menos será raro encontrarlo.

No obstante, a pesar de las dudas de aceptar la existencia de obligacionistas o de titulares de derechos especiales en otros tipos sociales diversos a las SA o SComA, podemos estudiar qué sucedería en el caso en que se admitiese, es decir, cómo coordinar su derecho de información con el artículo 42 LME. Al igual que dijimos con los

²⁶³ En cuanto a cómo se acredita la puesta a disposición de esta información en la escritura, considera GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 262-263 que es suficiente con la manifestación de los administradores de haberse realizado, siendo posible, en su caso, manifestar la inexistencia de trabajadores en alguna o todas las sociedades.

²⁶⁴ Considera ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 398 para el procedimiento general de fusión que: «la información y la puesta a disposición de documentos a favor de personas distintas de los accionistas no les concede ningún derecho especial en la junta general, ni siquiera el de asistencia; de manera que, aunque la Ley 3/2009 habla de notificar al publicar o comunicar individualmente [...] la convocatoria, no habrá inconveniente en que se comunique antes, ni tendrá demasiada importancia que se subsanen posteriormente las posibles omisiones».

²⁶⁵ En este sentido, CABANAS TREJO, R., cit. pág. 174.

trabajadores, el artículo 39 LME no es aplicable por depender de la convocatoria de la junta de la cual se carece y por no existir algunos de los documentos que se enuncian en ese precepto. Además, no prevé el artículo 42 LME que se respete el derecho de información de estos sujetos como sí hace con los representantes de los trabajadores. Esto no significa que no se vean de alguna forma tutelados.

Las obligaciones subsistirán a cargo de la absorbente debido a la sucesión universal en el patrimonio de la absorbida, además los obligacionistas poseerán el derecho de oposición como los demás acreedores, a no ser que la fusión hubiera sido aprobada por la asamblea de obligacionistas (art. 44.2.II LME). Por tanto, tendrán acceso a la información necesaria a cerca de la fusión.

Los titulares de derechos especiales son tutelados por el artículo 41.2 LME. Sus derechos no pueden verse afectados por la fusión, y si en la sociedad resultante no van a disfrutar de derechos equivalentes a los que poseen, se requiere, como ya tuvimos oportunidad de ver, el consentimiento individual de esos titulares, *«a no ser que la modificación de tales derechos hubiera sido aprobada, en su caso, por la asamblea de los titulares»*. Será necesario, por tanto, su consentimiento para que se pueda efectuar la fusión. Por ello, las propias sociedades serán las primeras en mantener informados a estos sujetos para que no impidan la fusión²⁶⁶. Y en caso de discrepar con la sociedad sobre la equivalencia o no de sus derechos en la sociedad resultante, por que ésta considera que sí se mantiene tal equivalencia, podrán impugnar el acuerdo. En cualquier caso, si el consentimiento es necesario deberá constar en la escritura que el mismo se obtuvo. Y aunque sería conveniente, no es necesario manifestar en la escritura que se les ha dado la información sobre el objeto y el alcance de la fusión²⁶⁷.

6. Convocatoria de la junta y adopción del acuerdo

El artículo 42 LME de las siguientes normas que exime de aplicar son las «relativas a la adopción del acuerdo de fusión, a la publicación de la convocatoria de la junta y a la

²⁶⁶ Algún autor (CABANAS TREJO, R., cit. pág. 180) considera que podrían gozar también del derecho de oposición como acreedores.

²⁶⁷ En los casos en los que el acuerdo se adopte en junta universal fuera de los supuestos del artículo 42 LME, sí será necesaria la puesta a disposición de una específica información para obligacionistas y titulares de derechos especiales, debiendo constar en la escritura de fusión la manifestación de haber cumplido esto.

comunicación, en su caso, a los socios del proyecto de fusión previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 40». Empezando por el primer inciso, éste no significa que no sea necesario el acuerdo, sino que no se aplicarán las normas sobre su adopción, y esto se debe a que los requisitos para la adopción del acuerdo conforme a las particularidades del artículo 42 LME son más elevados que los requeridos para los procedimientos generales de fusiones, puesto que se pide la unanimidad.

En este caso al no existir un proyecto al que se haya dado publicidad, no podrá consistir el contenido del acuerdo en la mera aprobación del proyecto. Sino que, en la práctica, normalmente existirá un proyecto de fusión a efectos internos, para que las juntas puedan pronunciarse sobre los puntos que allí se recogen ordinariamente²⁶⁸: debe constar la identidad de las sociedades que se fusionan (art. 31.1ª LME); la relación de canje (art. 31.2ª LME –a no ser que se trate del supuesto de sociedad íntegramente participada del artículo 49.1 LME); los estatutos de la sociedad o las modificaciones introducidas en los de la absorbente (art. 39.1.8ª LME); otros aspectos que dependen del caso concreto como la incidencia en las aportaciones de industria o en las prestaciones accesorias, o los derechos otorgados a los que tengan derechos especiales en las sociedades participantes, o las ventajas que se vayan a conceder a administradores o a los expertos independientes (arts. 39. 3ª, 4ª y 5ª LME); y la fecha a partir de la cual se participa en las ganancias sociales y la fecha a efectos contables de la fusión (arts. 39.6ª y 7ª LME –si no se prevén quedan suplidos por la Ley), etc²⁶⁹. En el caso de resultar de la fusión una nueva sociedad, deberán constar necesariamente las menciones legalmente exigidas para la constitución de esa sociedad, ya que el artículo 40.3 LME no queda excluido de aplicación por el artículo 42 LME. Se requiere, por tanto, que las sociedades participantes se pronuncien sobre estos puntos, y habrá de ser de manera coincidente para que pueda realizarse la fusión, es por ello, que el proyecto de fusión o el documento equivalente (no importa el título) cumple una función tan importante.

No hemos hecho alusión sobre los tres últimos apartados del artículo 31 (9ª, 10ª y 11ª), en los cuales se recogen unas menciones que cumplen una función meramente

²⁶⁸ Según las palabras de GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 264, «no se aprueba una fusión sin más, sino con un determinado contenido».

²⁶⁹ Puede ser necesario que se apruebe la identidad de los administradores y en su caso de los auditores si se trata de una fusión de la que resulta una nueva sociedad (GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 197).

informativa²⁷⁰, y son las siguientes: la información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad resultante; las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión; y las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia en su caso, en la responsabilidad social de la empresa. La pregunta que surge al respecto es ¿deben pronunciarse las juntas sobre estos aspectos?

Que el artículo 40.1 LME disponga que «la fusión habrá de ser acordada necesariamente por la junta de socios de cada una de las sociedades que participa en ella, ajustándose estrictamente al proyecto común de fusión», no ha de entenderse como que es indispensable pronunciarse sobre todas las menciones que en el proyecto consten. Hay ciertas menciones, como las tres últimas que citábamos, que no tienen por objeto que la junta se pronuncie acerca de ellas, sino que poseen sólo carácter informativo. Respalda esta interpretación que el artículo 228 RRM no exige estas menciones como contenido esencial del acuerdo de fusión.

Los socios serán informados por los administradores sobre estos puntos, y serán ellos con su voto unánime como requiere el artículo 42 LME, los que manifiesten que la información que se le ha suministrado ha sido suficiente. Por ello, el registrador mercantil no podrá entrar sobre si se ha ofrecido esta información a los socios o no, ni puede pedir que así conste en la escritura de fusión. Puede ser conveniente hacer mención en la escritura de que se ha dado esa información para evitar problemas, pero no consideramos que sea necesario, por no formar parte esas menciones del contenido esencial del acuerdo de fusión²⁷¹.

Por último, por lo que se refiere a la adopción del acuerdo, como la duración del procedimiento de fusión se dilata en el tiempo, es posible que se produzcan modificaciones importantes del activo o del pasivo acaecidas en cualquiera de las sociedades que se fusionan, entre el periodo en que se llevaron a cabo las negociaciones y el de la celebración de las juntas. Esto habrá de comunicarse a la junta de todas las

²⁷⁰ Así las califican CABANAS TREJO, R., cit. pág. 149 y GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 264.

²⁷¹ Sostiene igual interpretación CABANAS TREJO, R., cit. pág. 151.

sociedades que se fusionan, esto es, no sólo a los propios socios de la sociedad, sino también a los administradores de las restantes sociedades para que informen a los socios (art. 39.3 LME)²⁷².

Por lo que respecta a las normas relativas a la publicación de la convocatoria de la junta y a la comunicación a los socios del proyecto de fusión, como consecuencia del artículo 42 LME no será necesaria la convocatoria formal a junta²⁷³. Puede tratarse de una junta universal, esto es, sin convocatoria o puede haber una convocatoria informal²⁷⁴. En cualquier caso, debe admitirse que se cumplan voluntariamente los requisitos de convocatoria exigidos por las leyes societarias o por la propia LME²⁷⁵.

Debemos tratar ahora si es posible la modificación del proyecto de fusión (art. 40.1 LME *in fine*). Como con el artículo 42 LME no existe formalmente un proyecto de fusión, no se ve ningún inconveniente que impida que se modifique el documento que cumpla tal función, puesto que no se puede considerar que se rechace la propuesta²⁷⁶.

Cabe preguntarse qué sucederán en aquellos casos en los que se haya seguido el procedimiento ordinario de fusión, no el simplificado del artículo 42 LME, esto es, se hayan ido cumpliendo todos los requisitos y formalidades impuestas por la Ley, pero en el momento de la adopción del acuerdo, concurriendo todos los socios y mediante votación unánime –sucediendo esto en todas las sociedades participantes en la fusión-

²⁷² Se trata de informar de cualquier acontecimiento que afecte a la valoración de la sociedad, pues ese es el punto central de la información de los socios, ya que cualquier alteración importante puede alterar el tipo de canje. Así lo considera también GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 197.

²⁷³ No sólo decae el llamamiento a los socios con la antelación de un mes, y en los términos de información reforzada que el precepto dispone, sino, también, el aviso a otros sujetos distintos de los socios (CABANAS TREJO, R., cit. pág. 153).

²⁷⁴ Por ejemplo, que simplemente indique la modalidad de fusión, las sociedades implicadas y que se ha previsto utilizar el procedimiento del artículo 42 LME. (CABANAS TREJO, R., cit. pág. 97).

²⁷⁵ El plazo para la convocatoria es de un mes, que se exige con independencia del tipo societario –a pesar de que para la SRL las normas societarias establecen el plazo de 15 días-. La forma de convocatoria será la ordinaria para cada sociedad, ya que la Ley no establece norma especial al respecto. Es criticable la confusión a la que induce el artículo 40.2 LME al hablar de publicación de la convocatoria de la junta o de la comunicación del «proyecto de fusión» a los socios, ya que esto último debería ir referido también a la convocatoria de la junta²⁷⁵. En cuanto al contenido de la convocatoria el artículo 40.2 LME exige que se incluyan en la convocatoria: «las menciones mínimas del proyecto de fusión legalmente exigidas», lo cual conduce al problema de si es necesario reproducir el texto de los estatutos de la sociedad resultante, con la extensión de la convocatoria que implicaría. Debe entenderse que bastará con que en la publicación se haga referencia a la existencia de los nuevos estatutos, y un resumen de las menciones del proyecto (Entiende esto último de la misma forma MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., cit. págs. 550-552).

²⁷⁶ Idéntica interpretación realiza CABANAS TREJO, R., cit. pág. 148.

se introduzcan modificaciones en el proyecto²⁷⁷. Si no se admitiera la modificación en el momento del acuerdo, la única opción posible sería iniciar todo el proceso de fusión de nuevo, con todos los costes económicos y de tiempo que supondría.

Por ello, si las sociedades implicadas en la fusión son de los tipos societarios admitidos por el artículo 42 LME, no debería existir inconveniente para se produjera tal modificación, sin que esto representara que nos encontramos ante una nueva fusión, distinta a la que se había propuesto y cuyo procedimiento estaba ya en marcha. Si el artículo 42 LME exige de la propia existencia del proyecto porque concurren en la junta todos los socios y se alcanza la unanimidad, no se encuentran claros motivos para posicionarse en contra de una mera modificación del proyecto preexistente. Y es que aunque parece que la regla general es la prohibición de modificación del proyecto²⁷⁸, que equivaldría al rechazo de la propuesta, si se lee atentamente el precepto simplemente parece apuntar que no se puede llevar a cabo una modificación unilateral del proyecto por parte de una de las sociedades, pero nada impide que si hay acuerdo unánime coincidente en todas las sociedades no sea posible la modificación –siempre con ciertos límites-²⁷⁹. Por tanto, debemos entender que el artículo 42 nos ofrece una vía intermedia en estos supuestos entre la prohibición de modificar el proyecto y la posibilidad de ausencia del mismo si concurren los requisitos del artículo 42 LME. No

²⁷⁷ Hemos de entender que no se tratan de modificaciones irrelevantes, porque sino bastaría con la aprobación ordinaria en todas las juntas.

²⁷⁸ Y así lo venía entendiendo la doctrina, por ejemplo, SEQUIERA MARTÍN, A., 1999, cit. págs. 199-201, sostenía antes de la LME el rechazo a la posibilidad de modificación del proyecto de fusión porque «las juntas generales no tienen competencias para modificar un negocio con respecto a cuya perfección la ley ha concedido las competencias al órgano de administración». Sin embargo este autor, en un trabajo posterior tras la LME, SEQUEIRA MARTÍN, A., 2009, cit. pág. 394, admite la modificación del proyecto por la vía del artículo 42 LME, aunque mantiene que la regla general es la prohibición del art. 40.1 LME.

En sentido similar, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., cit. pág. 563 dice que «el tenor literal del art. 40.1 LME determina, a mi juicio con claridad, que el margen de decisión de las juntas de socios sobre la fusión se ciñe a aprobar o rechazar la propuesta basada en el proyecto, de manera que la modificación del mismo por acuerdo de una de las juntas equivale al rechazo y no permite continuar con la fusión proyectada, sin perjuicio de la posibilidad de reiniciarla con un nuevo proyecto». Aún así, considera que esta es una interpretación muy rígida, que con el artículo 42 LME sería posible eludirla.

A favor de la modificación del proyecto siguiendo el artículo 42 LME, ANSÓN PEIRONCELY, R., cit. pág.84.

En cualquier caso, consideramos especialmente acertadas las palabras de MARTÍ MOYA, V., 2010, cit. pág. 229: «no sería posible modificar el proyecto hasta el punto de que la fusión prefigurada quede desdibujada o desnaturalizada, ya que ésta se ha de adscribir a ciertos valores económicos cuya vigencia no depende de la voluntad de los socios, y sin que puedan, por ello mismo, ser afectados por sus decisiones». Se pronuncia en parecidos términos EMBID IRUJO, J.M., 2001, cit. pág. 2316 o BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., cit. pág. 759, aunque este último parece admitir que mediante junta universal se permita una modificación del proyecto de mayor calado.

²⁷⁹ En idéntico sentido LARGO GIL, R., cit. 2009, p. 482 y GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 198.

se pone en riesgo los derechos de los socios, puesto que son ellos los que respaldan la modificación con su voto unánime. Son los demás interesados o afectados por la fusión los que nos deben preocupar.

La LME prevé una serie de mecanismos informativos para otros interesados distintos de los socios con carácter previo a la adopción del acuerdo, y ¿si se ha suministrado una serie de datos sobre una fusión y se termina realizando otra, se vulnera el derecho de información de estos otros interesados? Consideramos que no. Por lo que se refiere a los acreedores tienen el derecho de oposición y pueden obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado (art. 43.1 LME). Podría bastar con que en la publicación del acuerdo se manifestara que se ha producido esa modificación del proyecto²⁸⁰. En cuanto a los obligacionistas, titulares de derechos especiales y los representantes de los trabajadores, deberán ser informados de otra forma, sin perjuicio de las vías de tutela propias que posee cada tipo de sujetos.

Por tanto, si se dan los requisitos de la doble unanimidad (de asistencia y votación) que requiere el artículo 42 LME, y las sociedades no son ni SA ni SComA, nada obsta a que se pueda producir alguna modificación en el proyecto de fusión, siempre y cuando los acuerdos de todas las sociedades participantes sean coincidentes.

Surge una importante cuestión relacionada con la adopción del acuerdo, estos, si es posible que en este momento se sume a la fusión una nueva sociedad o salga alguna de la operación²⁸¹. Parte de la doctrina había aceptado con anterioridad a la LME, que alguna sociedad se *delcogara* de la fusión, pero si se había previsto esta posibilidad en el proyecto²⁸², pero en ningún caso se admitía que se incorporara una nueva sociedad al

²⁸⁰ En este sentido se pronuncian CABANAS TREJO, R., cit. págs. 159-160 y GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 199.

²⁸¹ Sostiene LARGO GIL, R.: «La modificación del Proyecto de Fusión por los socios», en *Derecho de Sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. 4, Ed. McGraw Hill, Madrid, 2002, pág. 5075, que «la inmodificabilidad, como regla en relación al contenido del proyecto de fusión, actúa como principio, no susceptible de excepción, por lo que se refiere al aspecto subjetivo de la operación. [...] Una fusión únicamente puede llevarse a cabo entre las sociedades firmantes del relativo proyecto de fusión, de todas ellas y sólo ellas».

²⁸² Según entienden CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A., cit., pág. 318, de no haberse previsto la eventualidad de una fusión parcial, el proceso de fusión no puede continuar, ya que se trata de una fusión subjetivamente diversa a la prevista.

Considera admisible expresamente las «cláusulas de descuelgue» GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 200.

proceso de fusión ya iniciado. Consideramos que el artículo 42 LME hoy en día permite esta posibilidad tradicionalmente negada por la doctrina, siempre que concurren los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por el precepto, y el acuerdo de todas las sociedades participantes sea coincidente. Y es que con el artículo 42 LME el procedimiento de fusión se viene a iniciar formalmente con la celebración de las juntas y la adopción de los correspondientes acuerdos, por lo que no existe inconveniente para que llegado este punto se incorpore una nueva sociedad al proceso. Pero incluso, si concurren los requisitos del artículo 42 LME, sería posible que en una fusión que se hubiera iniciado por el procedimiento general de fusión, se permita la participación de una nueva sociedad. Habrá que introducir en el proyecto las modificaciones que se consideren necesarias para adaptar la fusión a las nuevas circunstancias²⁸³.

Por último, cabe preguntarse si es posible la revocación del acuerdo de fusión ya adoptado. Puesto que en el supuesto del artículo 42 LME dijimos que la vinculación de las sociedades no se produce hasta la elevación a escritura pública de los acuerdos de fusión, será admisible la revocación que se produzca antes de ese momento²⁸⁴.

7. Seguimiento voluntario de determinados aspectos del procedimiento de los que exime el art. 42 LME

Hemos visto con anterioridad, que el artículo 42 LME exime de cumplir ciertos requisitos y formalidades que vienen impuestas en el procedimiento general de fusión. Esta exención no significa, por ejemplo, que no pueda haber en ningún caso, proyecto

Y MARTÍ MOYA, V., 2010, cit. pág. 235 sostiene que «podrá aprobarse la fusión sin la participación de la sociedad si en sede de junta se proporciona a los socios todos los datos necesarios para la toma de decisión y éstos expresan su aprobación».

En cambio, opina EMBID IRUJO, J.M., 2001, cit. pág. 2314 que «las consecuencias del acuerdo no aprobatorio de la fusión por parte, al menos, de una de las sociedades participantes en ella implica, [...] la imposibilidad de que se perfeccione el negocio definitivo de la fusión, de que sea imposible, por tanto, la fusión «prefigurada» en el proyecto».

En cualquier caso, el rechazo de la fusión por una de las sociedades permitiría exigir la oportuna responsabilidad precontractual o culpa *in contrayendo* cuando los responsables de la sociedad que desaprueba la fusión hubieran obrado con mala fe (CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A., cit. pág. 311).

²⁸³ Esta posibilidad la sugiere CABANAS TREJO, R., cit. págs. 161-162.

²⁸⁴ Respaldan esta opinión CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A., cit. pág. 312, GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs.185; o ÁVILA NAVARRO, P., cit. págs. 406: «la fusión como contrato irrevocable entre las sociedades no surge hasta la escritura. [...] Antes de la escritura las sociedades participantes no pueden compelerse a la formalización (sin perjuicio de posibles acciones de indemnización por incumplimiento de tratos preliminares). Pero después de la escritura, el contrato de fusión deviene irrevocable».

de fusión, informe de administradores o balance de fusión, sino que estos pueden existir aunque sólo se haga conocedores de su existencia a los socios²⁸⁵.

También es posible, como señalamos en el apartado anterior, que exista convocatoria de la junta, puesto que el artículo 42 LME no ha de identificarse necesariamente con la junta universal. Recordemos que ésta es la que se celebra sin previa convocatoria, y a la que asisten todos los socios, los cuáles han de estar conformes tanto con que se lleve a cabo la reunión como con el orden del día de los asuntos a tratar en ella. Para que sea aplicable el artículo 42 LME, también bastaría con que el llamamiento a los socios para que asistan a la reunión se haga por ejemplo por correo electrónico o teléfono, es decir, mediante una convocatoria informal. O también se podrá realizar una convocatoria conforme a las normas generales societarias, aunque en estos casos, la convocatoria normalmente será incompleta, porque no se cumplirán todas las formalidades impuestas por aquéllas.

Por el posible riesgo de que el registrador mercantil ponga problemas para la inscripción del acuerdo, sería conveniente en cualquier caso que los socios asistentes a la junta, esto es, necesariamente todos los socios, firmen el acta de la junta, como se requeriría en caso de que fuese una junta universal (art. 97.1.4ª, I párrafo RRM *in fine*)²⁸⁶.

Por último, no es estrictamente necesario que conste en los acuerdos de las juntas que las sociedades se acogen al régimen del artículo 42 LME, pues será suficiente con el cumplimiento de los requisitos subjetivos y objetivos del precepto. Si bien, cuando se lleve a cabo un cumplimiento parcial de las normas de las que exime el precepto, por la

²⁸⁵ Por ejemplo, BORME núm. 216, jueves 12 de noviembre de 2009, pág. 34848 (CAFENTO CATALUNYA, SRLU –sociedad absorbente–, y ROURE DURÁN, SRLU, CAFÉ ROVI, SRLU, CAFÉ ROVI GALICIA, SRL, STADOTO, SRL, y SERVITEC ASISTENCIA MAQUINARIA DE CAFÉ, SRL –sociedades absorbidas): «la fusión se ha acordado conforme a los términos establecidos en el Proyecto común de Fusión suscrito en fecha 30 de junio de 2009 por los órganos de administración de ambas sociedades y con la aprobación de los respectivos Balances de fusión cerrados a 31 de diciembre de 2008. En la medida en que el acuerdo de fusión ha sido adoptado por unanimidad por las sociedades participantes en la fusión, se aplica a la operación de fusión el régimen establecido en el artículo 42 de la Ley 3/2009, de 3 de abril»; o por ejemplo también BORME núm. 15, lunes 25 de enero de 2010, pág. 1362 (UNISYS ESPAÑA, SRLU –sociedad absorbida, UNISYS CONSULTING ESPAÑA, SRL –sociedad absorbente), que citamos con anterioridad, que reconoce la condición de balance de fusión a un balance de fecha distinta a la exigida por las reglas generales de la fusión por entender que así lo permite el art. 42 LME, y que dice que el acuerdo de fusión fue aprobado conforme a lo previsto en el proyecto de fusión que fue debidamente depositado.

²⁸⁶ También lo aconseja CABANAS TREJO, R., cit. pág. 155.

posibles dudas sobre si se acogen o no a este procedimiento simplificado, sería aconsejable que las sociedades se manifestaran expresamente al respecto.

VI. NORMAS DE OBLIGADO CUMPLIMIENTO

Una vez vistas las consecuencias de la aplicación del artículo 42 LME, veremos a continuación qué normas siguen siendo de aplicación después de la aprobación del acuerdo y qué especialidades presentan frente al procedimiento general de fusión. Seguiremos el orden establecido en la Ley: publicación del acuerdo, derecho de oposición de los acreedores, escritura pública de fusión, inscripción de la fusión e impugnación.

1. Necesaria publicidad del acuerdo adoptado en la junta

La publicación del acuerdo de fusión regulado en el artículo 43 LME, juega un papel importante, ya que hace posible la oposición de los acreedores y la finalización del proceso mediante la escritura y la inscripción registral de la fusión. En principio, dicho artículo será aplicado sin ninguna especialidad ni simplificación. En su primer apartado, establece que será necesaria la publicación del acuerdo en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio²⁸⁷. Se reduce así el número de publicaciones necesarias respecto al régimen establecido en la LSA, lo que permite una mayor simplificación y un considerable ahorro de costes²⁸⁸. En la escritura pública de fusión deberá constar «la fecha de publicación del acuerdo de fusión en el BORME» (art. 227.2.4 RRM) y los ejemplares de los diarios deben adjuntarse a la escritura de fusión para su inscripción (art. 230.2º

²⁸⁷ La publicación habrá de ser necesariamente en un diario y no en cualquier otra publicación periódica (ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 412) y podrá ser común para todas las sociedades (GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 203).

²⁸⁸ ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 412, CABANAS TREJO, R., cit. págs.185-187 o GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 202-203, estudian con cierto detenimiento, las consecuencias de que algunas sociedades recojan en sus estatutos el antiguo régimen de publicaciones del artículo 242 LSA. Concluyendo que es aplicable la doctrina de la DGRN (Resolución de 26 de octubre de 1999, o las Resoluciones de 26 de febrero de 1993 y de 6 de noviembre de 1997) que entiende que cuando los estatutos se limitan a reproducir una norma imperativa, no supone una opción por ese concreto sistema sino más bien una remisión al régimen legal, por lo que cabrá aplicar el nuevo sistema y sus simplificaciones.

RRM). No obstante, respecto a esto último, normalmente se testimoniarán todos los ejemplares en la escritura²⁸⁹.

En su segundo apartado, el artículo 43 LME prevé en sustitución de la anterior publicación en el BORME y en los diarios, la posibilidad de que se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores el acuerdo, por un procedimiento que asegure la recepción de aquél²⁹⁰ en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad. Como ha señalado algún autor, parece que la finalidad esencial buscada por esta novedad introducida en la Ley, es el ahorro de costes de publicación para las sociedades pequeñas, con pocos socios y acreedores²⁹¹. Se deberá hacer constar en la escritura de fusión el medio empleado para realizar la comunicación²⁹², el contenido de la misma, que se ha enviado al domicilio de cada uno de los socios y acreedores según los datos que consta en la documentación social (libro registro de socios y la contabilidad de la sociedad) y la fecha en que se ha realizado (al menos la última de las comunicaciones, pues el plazo para el ejercicio del derecho de oposición se cuenta desde esa fecha –art. 44 LME-). En cambio, no será necesario demostrar el envío individual a cada sujeto. Si no existen acreedores también habrá de constar esta circunstancia para justificar por qué no se ha realizado la comunicación pertinente a éstos²⁹³. El registrador mercantil no podrá entrar a valorar si el medio de envío es adecuado o no, a no ser que manifiestamente no se trate de un envío individual

²⁸⁹ CABANAS TREJO, R., cit. pág.187.

²⁹⁰ Entiende ÁVILA NAVARRO, P., cit., pág. 413 que los medios que aseguran la recepción son muchos: «correo certificado, burofax, telefax, correo electrónico, etc.; pero la sociedad debe preocuparse no solo de la recepción, sino también de la prueba del envío y de su contenido, especialmente cuando puedan preverse quejas o impugnaciones; y esa prueba parece que sólo la proporciona el acta notarial, el burofax, o el telegrama con texto certificado»

²⁹¹ En este sentido, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., cit. pag. 585.

²⁹² Estamos de acuerdo con GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 203-204 cuando afirma que «la referencia a «cualquier medio» parece que está pensando en la utilización de medios informáticos, pero esto se acomoda mal con la mención del domicilio. No creemos que esto deba ser un obstáculo, siempre que exista consentimiento por parte de aquel a quien se remite la comunicación, que deberá proporcionar una dirección de correo electrónico como equivalente al domicilio. Otra cosa es que para que sea válida sea necesario el consentimiento del notificado para ese tipo de comunicaciones y, sobre todo, que exista un sistema informático que permita la comprobación de que el mensaje ha sido recibido, para que se cumpla el requisito legal».

²⁹³ La opción de acudir al sistema de notificaciones no debe ser tomado a la ligera por los administradores, puesto que si la contabilidad contiene errores u omisiones en cuanto a los acreedores o no constan los verdaderos domicilios, la responsabilidad por las manifestaciones erróneas o falsas recaerá directamente sobre los administradores que hayan declarado que se han cumplido las obligaciones de notificación. Considera GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 204-205, que por ello el tradicional sistema de publicaciones deberá seguir siendo la regla general, aplicándose el otro solo para el caso de sociedades que no tengan ninguna o casi ninguna actividad.

o no asegure su recepción como requiere el precepto. En cualquier caso, podría constituir un motivo para la impugnación de la fusión.

Por lo que respecta al contenido de la publicación, la LME no lo ha previsto expresamente, así que la doctrina²⁹⁴ viene entendiendo que es suficiente con una mención genérica del acuerdo de fusión, es decir, bastaría con que conste la aprobación de la fusión de ciertas sociedades; la identificación de éstas; y cuál es la modalidad de fusión, si se trata de una fusión por absorción o creación de una nueva sociedad²⁹⁵.

Los destinatarios esenciales de la publicación o comunicación parecen ser solamente los socios y los acreedores, ya que la Ley no se refiere a otros sujetos²⁹⁶. Tanto en el anuncio como entendemos que también en la comunicación, deberá constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de fusión (si es que no se ha prescindido de él, en cuyo caso deberá

²⁹⁴ Entre otros, EMBID IRUJO, J. M., 2001, cit. pág. 2325 o CABANAS TREJO, R., cit. pág.188.

²⁹⁵ En la práctica, es ese el contenido más frecuente de la publicación, así por ejemplo, sólo contienen referencias al derecho de oposición de los acreedores, al derecho de obtener el texto íntegro del acuerdo, al tipo de fusión y las sociedades participantes: BORME núm. 14, viernes 22 de enero de 2010, pág. 1211 (GERMELINA, SRLU –sociedad absorbente, CERES ENERGÍAS RENOVABLES, SRLU –sociedad absorbida); BORME núm. 68, martes 13 de abril de 2010, pág. 8130 (TRANSFORMADORA DE PALETS, SRL –sociedad absorbente, TRIDESA, SRL –sociedad absorbida); BORME núm. 161, lunes 23 de agosto de 2010, pág. 28665 (S.C.F.A.P., SRL –sociedad absorbente, MUEBLES PALAMÓS, SRL –sociedad absorbida); BORME núm. 13, jueves 20 de enero de 2011, pág. 1072 (ANGEL SCHLESSER, SRL –sociedad absorbente, SCHLESSER SANTANDER, SRL –sociedad absorbida); y BORME núm. 104, miércoles 1 de junio de 2011, pág. 23047 (AGRÍCOLA DURAN, SRL –sociedad absorbente, AGRÍCOLA CALABARDINA, SRL, HIGUERA GRANDE, SRL, GRANADOSUR, SRL –sociedades absorbidas).

No obstante, en muchas otras ocasiones, el contenido del acuerdo es más amplio: tipo de canje, aumento de capital, prima de emisión, no participaciones con derechos especiales, la inexistencia de consecuencias directas para el empleo ni para la responsabilidad de la empresa, mantenimiento del órgano de administración de la absorbente, el derecho de información que asiste a los representantes de los trabajadores [por ejemplo: BORME núm. 192, miércoles 7 de octubre de 2009, pág. 31444 (CUBIMETTRIK, S.L., como sociedad absorbente, y CONSTRUCCIONS I PROMOCIONS NAVARRO-SALGUERO, S.L., como sociedad absorbida)], o también el régimen fiscal aplicable [BORME núm. 210, martes 3 de noviembre de 2009, pág. 33828, (GESDEGAS, SRL- sociedad absorbente, SERVICIOS DEL CARRALERO, SRL –sociedad absorbida).], o hacer constar que se ha informado debidamente a los representantes de los trabajadores sobre el objeto y el alcance de la fusión proyectada y en particular, sobre las implicaciones que esta tiene sobre el empleo [BORME núm. 172, martes 7 de septiembre de 2010, pág. 28944 (ATIVAR, SRL –sociedad absorbente, TARTI, SRLU –sociedad absorbida), etc [BORME núm. 203, viernes 23 de octubre de 2009, pág. 32834 (GRUPO ZENA TRI, SRLU –sociedad absorbente, KEFCO RESTAURACIÓN SRLU y IBERDAL CANARIAS, SRLU –sociedades absorbidas)], [BORME núm. 159, lunes 22 de agosto de 2011, pág. 31178 (MATRUST, SRL –sociedad absorbente, PROMOTORES TORMA 95, SRLU –sociedad absorbida)].

²⁹⁶ Sin embargo, ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 414 entiende que es aconsejable extender esta comunicación al comité de empresa; y EMBID IRUJO, J. M., 2001, cit. pág. 2327 sostiene que «es indudable que la publicación del acuerdo de fusión interesa a muchos otros sujetos, desde los trabajadores de las sociedades que se fusionan hasta las autoridades anti-trust, pasando por quienes dispongan en dichas sociedades de derechos distintos a las acciones, etc.». En cambio, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., cit. pág. 583, opina que a la vista de lo que dispone el párrafo segundo del art. 43 LME, esta idea deberá corregirse.

advertirse tal circunstancia), así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores (art. 43.1 LME), siendo aconsejable que conste el plazo de ejercicio y el *dies a quo* para el cómputo del mismo²⁹⁷.

Al ser los socios y acreedores los únicos destinatarios de la publicación o comunicación, cabe cuestionarse si sería posible en algún caso prescindir de éstas. Debemos distinguir diversas situaciones para obtener una respuesta más clara.

Dada la asistencia de todos los socios a la junta y la aprobación unánime del acuerdo que requiere el artículo 42 LME, sería posible que todos los socios renunciaran a la publicación o a la comunicación. Algunos autores²⁹⁸ son contrarios a esta posibilidad, por considerar que el artículo 42 LME no lo permite, ya que si hubiera querido eximir del cumplimiento del artículo 43 LME así se habría reconocido expresamente. No obstante, entendemos que si bien la Ley no prevé esta opción expresamente tampoco la prohíbe, y si todos los socios asisten a la reunión²⁹⁹ y renuncia a su derecho a que se les comunique o se publique el acuerdo, deberá permitirse que se prescinda de ellos. Si bien, sería conveniente que se les informara, antes de la renuncia, del derecho que les asiste de obtener el texto íntegro del acuerdo y el balance de fusión si es que existe.

La renuncia, por lo que se refiere a la publicación del acuerdo, en principio sería indiferente, ya que la publicación debería seguir haciéndose por los acreedores. En cambio, en el caso de la comunicación individual, si los socios renunciasen a que se realizara esta, seguiría siendo necesaria efectuarla a los acreedores, pero no a los socios. Incluso algún autor entiende que sería posible que se realizara en los supuestos ordinarios de fusión la comunicación exclusivamente a los socios que no hayan asistido a la junta, si los restantes asistentes han renunciado a ésta³⁰⁰.

Por lo que respecta a los acreedores, caben varias posibilidades. En primer lugar, que no existan acreedores sociales, en cuyo caso cabría entender que es posible prescindir de la

²⁹⁷ En este sentido GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 205.

²⁹⁸ Por ejemplo, ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 413.

²⁹⁹ Entiende acertadamente CABANAS TREJO, R., cit. pág.189 que: «en el caso de representación corresponderá a la mesa de la junta comprobar si el asistente está facultado para la formulación de esa renuncia, pues no ha de bastar con el poder para asistir y votar en la junta, ni siquiera para constituirse en junta universal, pues no se trata de una decisión propiamente imputable al órgano colegiado, sino estrictamente individual del socio».

³⁰⁰ Al respecto puede verse CABANAS TREJO, R., cit. págs.189-193.

publicación³⁰¹ e incluso que se produzca una ejecución anticipada de la fusión³⁰², puesto que no sería necesario esperar un mes después de haber publicado el acuerdo. No es ésta una cuestión pacífica, pero creemos que si no existe ningún acreedor, sin diferenciar si tienen o no derecho de oposición, sería posible prescindir de la publicación –si hay previa renuncia de los socios-, o al menos de la comunicación individual a los acreedores. En cualquier otro caso, será necesario la publicación o comunicación, porque los acreedores, aunque carezcan de derecho de oposición, sí poseen un derecho de información que ha de ser satisfecho. Sí será posible, en cambio, acortar el plazo para la oposición de acreedores, si éstos, tras recibir la comunicación individual manifiestan a la sociedad que no van a ejercer este derecho, o que los que ya se han opuesto, han recibido garantías suficientes. Estas circunstancias deberán constar en la escritura de fusión. Si estas manifestaciones en la escritura resultarán falsas tendrán las consecuencias pertinentes.

Por tanto, en determinados supuestos, en los que los socios renuncien a la publicación o comunicación y conste la inexistencia de acreedores, será posible prescindir de éstas, ya que no existen otros sujetos tutelados en este aspecto por el artículo 43 LME.

2. Derecho de oposición de acreedores

A excepción de lo señalado en el apartado anterior sobre la posibilidad de reducir el plazo de un mes para el ejercicio del derecho de oposición –y que no es predicable exclusivamente del artículo 42 LME-, pocas por no decir ninguna particularidad más, presenta la aplicación de este precepto para el ejercicio del derecho de oposición.

No obstante, si podemos destacar una problemática especial que se plantea con la nueva regulación del derecho de oposición³⁰³. Si bien el apartado 1 del artículo 44 LME fija el

³⁰¹ Algunos autores se manifiestan en contra de esta opción, como ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 418, que considera el plazo de un mes como imperativo.

³⁰² Admite la fusión instantánea sin espera del mes para ejercitar el derecho de oposición GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 204.

³⁰³ Recordar que el derecho de oposición a pesar de su denominación, no es una voluntad contraria a la fusión, sino favorable a la prestación de una garantía (GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 207), y que responde a la necesidad de proteger a los acreedores, los cuáles, debido a que con la fusión, la solvencia de las sociedades fusionadas o de alguna de ellas puede sufrir un quebranto, éstos pueden verse perjudicados (ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 415).

Por lo que respecta al ejercicio del derecho de oposición por los acreedores cuando una de las sociedades participantes está en concurso LARGO GIL, R.: «El convenio concursal mediante la modificación

inicio del cómputo del mes para el ejercicio de este derecho en «la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos», no utiliza asimismo la publicación del acuerdo o la comunicación del mismo como criterio temporal para otorgar el derecho de oposición, sino que el artículo 44.2 LME dispone que: «podrán oponerse³⁰⁴ a la fusión los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan³⁰⁵ cuyo crédito haya nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de fusión, no haya vencido en ese momento³⁰⁶ y hasta que se les garanticen tales créditos. No gozarán de este derecho de oposición a la fusión los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados³⁰⁷». Añade por último, en el apartado 3 que «en los casos en los que los acreedores tengan derecho a oponerse a la fusión, ésta no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad presente garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito

estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la Ley Concursal)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Núm. 9, 2008, pág. 113, se pronuncia de esta manera: «Consideramos que la aprobación del convenio concursal por los acreedores en los términos ahora expuestos, determina la desactivación del derecho de oposición de los acreedores contra los acuerdos sociales relativos a la modificación estructural vinculado al citado convenio. Es un derecho individual al que no puede subordinarse la solución negociada de la crisis, conforme a la voluntad de la mayoría de acreedores y superado el control de legalidad del juez del concurso. El último recurso de los acreedores concursales es la oposición a la aprobación del convenio por el juez».

³⁰⁴ El acreedor que pretenda ejercer el derecho de oposición, deberá realizar una declaración expresa, y debe hacer constar de manera fehaciente su oposición (acta notarial, burofax, telegrama con texto certificado) y la identificación de su crédito.

³⁰⁵ Podrán ejercer este derecho tanto los acreedores de las sociedades que se extinguen como los de la resultante.

Además, añade el artículo 44.2. II párrafo LME que «los obligacionistas podrán ejercer el derecho de oposición en los mismos términos que los restantes acreedores, salvo que la fusión hubiere sido aprobada por la asamblea de obligacionistas». Este último inciso ha de interpretarse en el sentido de que la asamblea de obligacionistas podrá decidir no ejercer el derecho de oposición. En el caso de que la asamblea decida ejercitar este derecho, la negociación de las garantías podrá ser colectiva, aunque si nada se acuerda al respecto será individual (GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 207-208).

³⁰⁶ Ha sido criticado por la doctrina el requisito de que el crédito no se halle vencido, puesto que si no tienen un título ejecutivo, puede estar el acreedor en peor posición que los titulares de otros créditos no vencidos. Además se perjudica a los acreedores que otorgan al deudor un plazo más largo para pagar, y a los que no acudan de manera inmediata a la ejecución en un caso de retraso (GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 209).

Entiende ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 416 que «si la Ley se refiere a la garantía de créditos no vencidos es porque supone, con toda lógica, que el acreedor con crédito vencido no aspirará a la garantía, sino al cobro; de manera que, ante la oposición de un acreedor con crédito vencido, la reducción no podrá llevarse a efecto sin previo de la deuda».

³⁰⁷ Respecto a quién es el encargado de evaluar si los créditos se encuentran suficientemente garantizados, la cuestión no es pacífica. Sostiene ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 416 que «si la garantía de créditos no garantizados se ha de prestar a satisfacción del acreedor, será también el acreedor quien haya de juzgar la suficiencia de la garantía en los créditos garantizados». En cambio, GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 210 opina que es el órgano de administración el que debe resolver esta cuestión, «evidentemente asumiendo la responsabilidad por su decisión, que podrá ser impugnada judicialmente».

debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento».

Por tanto, son acreedores con derecho de oposición aquellos cuyo crédito hubiera nacido antes de la publicación del proyecto de fusión. En cambio, el artículo 243.1 LSA que remitía al artículo 166.1 LSA (derecho de oposición en caso de reducción de capital), utilizaban como fecha de referencia la fecha del último anuncio del acuerdo³⁰⁸. Parece adecuado este nuevo criterio temporal de la Ley, y que parece encontrar su fundamento en que desde que existe una posibilidad de conocimiento público del procedimiento de fusión, los acreedores han de tener en cuenta la posible fusión a la hora de evaluar la solvencia del deudor³⁰⁹.

Como el artículo 42 LME permite prescindir del proyecto de fusión, y por tanto de la publicidad del mismo, debemos preguntarnos en qué momento fijamos el límite temporal que legitima a los acreedores. Puede que la opción más viable sea utilizar la fecha de la publicación del acuerdo al igual que sucedía en el régimen anterior, que

³⁰⁸ Señala CABANAS TREJO, R., cit. pág. 194 que «esta última solución había sido doctrinalmente criticada por ampliar en demasía el círculo de acreedores legitimados, ya que antes de ese anuncio se podía conocer la existencia del proceso de fusión, sobre todo por la publicidad otorgada al proyecto de fusión, y los acreedores que se conocían, o podían conocer el proceso en que estaba inmersa la sociedad, no deben ser protegidos con mecanismos diferentes a los que el ordenamiento jurídico establece para todos los acreedores en general».

Nuestra Ley ha sido criticada también por ser excesivamente protectora de los acreedores, yendo más allá de las exigencias de la 3.^a Directiva (art. 13), que solo exigía que se protegiera esos derechos cuando «la situación financiera de las sociedades haga necesaria esa protección». Esta tendencia se ha visto reforzada tras la reforma introducida por la Directiva 2009/109/CE, que permite a los Estados exigir que los acreedores estén obligados a «demostrar, de forma convincente, que debido a la fusión, la satisfacción de sus derechos está en juego». Y sin embargo, la LME sigue sin exigir al acreedor que acredite un empeoramiento de la solvencia del deudor (GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 206-207).

MARTÍ MOYA, V., 2010, cit. págs. 240-241 critica en este aspecto a la LME, y apoya más la legislación alemana o la italiana. La primera condiciona la posibilidad de beneficiarse del derecho de oposición a la existencia de un efectivo perjuicio en las posibilidades de cobro del crédito tras la fusión, y con la segunda, los acreedores gozarán del derecho de oposición salvo que el informe de los expertos independientes certifique, bajo su propia responsabilidad, que la situación patrimonial y financiera de la operación hace innecesarias otras medidas de garantía a favor de los acreedores.

³⁰⁹ Así lo entiende GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 208 y ESCRIBANO GÁMIR, R. C: «Derecho de oposición de los acreedores sociales», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. I, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 616, que opina que «los acreedores que se relacionasen con algunas de las sociedades inmersas ya en un proceso de fusión no deberían contar con la misma protección que aquellos que, siéndolo con anterioridad, viesan alterada su posición por esta circunstancia sobrevenida. Lo decisivo es que nacimiento del crédito sea anterior al momento límite fijado por la norma, siendo indiferente que el acreedor hubiera podido conocer o no, la operación en ciernes en el momento de contratar».

recurría a lo dispuesto para la reducción de capital³¹⁰. Debemos diferenciar entre si se ha efectuado la publicación del acuerdo o si se ha comunicado individualmente a los socios y acreedores como permite el artículo 43 LME³¹¹.

En el primer caso, la fecha que se debe tener en cuenta para reconocer a los acreedores legitimados será la del primer anuncio publicado, puesto que lo importante es que se pueda conocer que se va a efectuar la operación de fusión, y para ello basta con la primera publicación. Aunque no forma parte del contenido del anuncio, ya advertimos que la mejor opción era advertir el plazo de ejercicio y el *dies a quo* para el cómputo del mismo, y podríamos añadir que sería recomendable incluir una referencia a qué acreedores se tendrán por legitimados (no por nombre y apellidos, sino por el criterio temporal)³¹².

En el caso de comunicación individual, existen dos opciones. La primera de ellas utilizar la fecha del acuerdo y la segunda, fijar una fecha posterior al acuerdo cuando la sociedad lleve a cabo la comunicación a todos los que tengan la condición de acreedores en ese momento, los cuáles si cumplen con los demás requisitos exigido por el artículo 44 LME estarían legitimados para ejercitar el derecho de oposición. Esta segunda opción parece más razonable para salvaguardar los intereses de aquellos que se conviertan en acreedores en el lapso de tiempo existente entre la adopción del acuerdo y

³¹⁰ En este sentido, GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 208-209 y 265: «en este caso el primer anuncio público es de la publicación o comunicación del acuerdo, por lo que en este caso tendrán derecho de oposición todos los créditos anteriores a está en los términos del art. 44.1 en cuanto al momento a tener en cuenta (última publicación o último envío)». Igual interpretación realizan LARGO GIL, R., 2009, cit. pág. 478 y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., cit. págs. 580-581.

Interpretación poco comprensible realiza ESCRIBANO GÁMIR, R. C., cit. pág. 617, que considera que «en el supuesto previsto en el art. 42 LME, esto es, acuerdo unánime de fusión, los acreedores deben tener conocimiento del proyecto. Lo contrario, impediría establecer la legitimación activa. [...] la exención de las normas generales sobre el proyecto, así como las relativas a la información sobre la fusión, adopción del acuerdo y a la publicación de la convocatoria de la junta y a la comunicación a los socios del proyecto, sólo afecta a éstos. Es decir, el ámbito de actuación de la norma es el interno, por lo que no toca a los acreedores».

³¹¹ Que se haya efectuado la convocatoria de la junta a pesar de que no lo exige el artículo 42 LME, no cambia nada de lo que comentamos a continuación, puesto que ese momento, en palabras de CABANAS TREJO, R., cit. pág. 197, no integra momento alguno discriminador a tales efectos, siendo por completo irrelevante.

³¹² En cambio, CABANAS TREJO, R., cit. pág. 195 sostiene que no es una cuestión que la sociedad deba aclarar en el anuncio, y efectivamente la Ley no lo exige, pero ello no quita que no sea aconsejable, sin perjuicio, de la posibilidad de enfrentarse a la sociedad por cuestión de la legitimación por razón de la fechas.

la remisión de las comunicaciones individuales. Los acreedores posteriores a esta fecha no podrán ejercer este derecho de oposición³¹³.

En aquellos casos en los que se haya seguido el procedimiento general de la fusión, pero se termina acudiendo al artículo 42 LME, si se había depositado el proyecto de fusión, aunque se produzca una modificación del proyecto, será aplicable el criterio temporal establecido en el artículo 44.2 LME. En cambio, si se incorpora a la fusión una nueva sociedad que no había participado en las negociaciones ni en la fase previa, sí serán aplicables los criterios establecidos para el caso de falta de depósito por lo que respecta a esta nueva sociedad.

3. Escritura pública de fusión

Tras la adopción de los acuerdos de fusión, y cumplido el trámite del derecho de oposición de los acreedores, puede procederse a la realización de la fusión, es decir, la elevación a escritura pública del acuerdo de fusión (esto parece desprenderse del art. 44.1 LME)³¹⁴. Con el otorgamiento de la escritura se produce la fusión, es decir, en el momento en que confluyen los consentimientos concedidos en los acuerdos sociales de las distintas juntas generales de las sociedades. Desde este momento, la fusión es irrevocable³¹⁵. No se trata de un mero presupuesto formal para la inscripción en el

³¹³ Existen otros supuestos problemáticos, como señala CABANAS TREJO, R., cit. pág. 196 «el artículo 32.1 LME permite el acuerdo en junta universal antes de efectuar el depósito del proyecto de fusión, es posible adoptar y publicar al acuerdo antes de verificar éste, en cuyo caso la anterioridad habrá de estar referida a la fecha de publicación del acuerdo. Las dificultades surgirán cuando se haya optado por la comunicación individual, por si nace algún crédito entre la fecha de ésta y la del depósito, pero entonces parece que esta segunda sí que será relevante».

³¹⁴ Este es el término inicial para poder otorgar la escritura pública de fusión, pero el legislador no fija un término final, pero la doctrina ha venido entendiendo que una vez pasado el tiempo de oposición, cada sociedad podrá exigir a las demás el otorgamiento inmediato de la escritura pública de fusión en cumplimiento y ejecución del contrato preparatorio de fusión, sin perjuicio, además, de la responsabilidad en que puedan incurrir los administradores de las sociedades que injustificadamente lo demoren (CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. y PÉREZ TROYA, A. cit., pág. 397).

En cambio sostiene FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «La fase de ejecución (Escritura pública e inscripción en el Registro. Impugnación), en AAVV: *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, vol. I, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 650 que «no se ve ningún inconveniente a la eventual elevación a escritura pública de acuerdos sociales pendientes de ejecución».

³¹⁵ Ya hemos dicho reiteradamente que el negocio de fusión se sitúa en el proyecto de fusión, pero en el caso del artículo 42 LME que permite prescindir del mismo, la perfección de la fusión y su irrevocabilidad se produce en el primer momento en que confluye la voluntad de todas las sociedades participantes, esto es, con la elevación a escritura pública del acuerdo de fusión.

Al igual que ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 422 consideramos que sólo cabría la revocación de la fusión por acuerdos paralelos de todas las sociedades participantes.

registro mercantil³¹⁶. En este sentido, la 3ª Directiva, en su artículo 16, establece que la finalidad de la escritura es el control de la operación por un profesional del derecho independiente³¹⁷.

El art. 45.1 LME establece que «Las sociedades que se fusionan elevarán el acuerdo de fusión adoptado³¹⁸ a escritura pública, a la cual se incorporará el balance de fusión de aquéllas»³¹⁹. De este precepto se deduce que la escritura la otorgarán «las sociedades que se fusionan». La nueva sociedad creada no es otorgante, sino que se constituye en ese momento, por lo que los administradores que les representarán en un futuro son nombrados en ese acto³²⁰. Los otorgantes son las sociedades participantes a través de sus representantes³²¹, siendo cuestionado si es necesario además que comparezcan los socios que pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales (art. 41 LME), y los socios colectivos en los casos en que participen en la fusión sociedades colectivas o comanditarias simples. Coincidimos con algún autor que considera innecesaria su presencia siempre que conste en el acta de la junta el consentimiento expreso de éstos y en su caso, su firma³²².

Por lo que respecta al contenido de la escritura, el artículo 45 LME da una regulación parcial al respecto, por lo que habrá de completarse en la medida de lo posible con los artículos 227 y siguientes del RRM.

³¹⁶ Así lo manifiesta CABANAS TREJO, R., cit. pág. 198.

³¹⁷ Entiende GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 214-215 que la Directiva pone «claramente de manifiesto el *doble carácter del notario*: por una parte, *como funcionario público*, pues es la alternativa al control judicial o administrativo; por otra, *como profesional del derecho*, pues controla la legalidad de las actas y formalidades y del proyecto de fusión».

³¹⁸ En realidad se elevan a público los acuerdos de todas las sociedades, junto con las declaraciones complementarias que procedan (CABANAS TREJO, R., cit. pág. 199).

³¹⁹ Considera ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 420 que esta expresión no es muy exacta notarialmente, «porque antes de la escritura no hay un acuerdo de fusión entre las sociedades participantes al que baste con ratificar y dar forma pública, sino dos o más acuerdos sociales unilaterales separados que no conforman un contrato, ni antes ni después de su elevación a públicos; para que lo hagan, para que se conviertan en el contrato que implica la fusión, es necesaria la prestación de un consentimiento nuevo que nunca se había prestado antes; sería más exacto decir que la fusión se formalizará en escritura pública; no es que este asunto tenga mucha importancia, pero debe señalarse que la escritura de fusión es «escritura de fusión» y no «escritura de elevación a públicos de acuerdos sociales».

³²⁰ En este sentido, GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 216.

³²¹ No es necesaria la comparecencia de todos los administradores de cada una de las sociedades, sino que basta con quien pueda elevar a público acuerdos sociales, o sólo ese acuerdo en concreto (art. 108.2 RRM). CABANAS TREJO, R., cit. pág. 200, no ve inconveniente en que la escritura se otorgue por un apoderado en los términos del artículo 108.3 RRM.

³²² Sostiene esta posición CABANAS TREJO, R., cit. pág. 201. En contra, y entendiendo necesaria su presencia para otorgar la escritura GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S. cit. pág. 216 y ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 421.

En primer lugar, según se desprende del artículo 45.1 la escritura debe contener los acuerdos de fusión. Conforme al artículo 112.1 RRM la certificación debe ser por transcripción literal, ya que los acuerdos modifican los estatutos. La certificación debe contener todas las circunstancias que sean necesarias para calificar la validez de los acuerdos (art. 112.2), y en concreto, las menciones que ya hemos estudiando con anterioridad, y que se encuentran en su mayoría en el artículo 228 RRM.

Debemos distinguir al igual que hace el artículo 45 LME, entre los supuestos de fusión por absorción o de creación de nueva sociedad. El apartado 2 de dicho precepto, dispone que «si la fusión se realizara mediante la creación de una nueva sociedad, la escritura deberá contener, además, las menciones legalmente exigidas para la constitución de la misma en atención al tipo elegido». Debemos entender que el legislador se refiere a aquellos elementos esenciales para la constitución de la sociedad y que no se contempla específicamente en los acuerdos de fusión. Como especialidades respecto de las menciones de la constitución que regula el artículo 22 LSC encontramos las siguientes³²³: 1) los otorgantes son las sociedades y no los socios. La identificación de los socios no será necesaria, al quedar identificados indirectamente por su condición de tales en las sociedades extinguidas; 2) no es necesaria la declaración expresa de la voluntad de creación de la sociedad, ya que esto se deduce del acuerdo de fusión; 3) respecto a las aportaciones, en el caso de SRL es necesario al menos que se declare que el patrimonio cubre el capital social que está íntegramente desembolsado; 4) los estatutos constituyen contenido necesario del acuerdo; 5) tiene que constar en la escritura los administradores.

Por lo que se refiere a la fusión por absorción, dispone el artículo 45.2.II párrafo LME «si se realizara por absorción, la escritura contendrá las modificaciones estatutarias que se hubieran acordado por la sociedad absorbente con motivo de la fusión y el número, clase y serie de las acciones o las participaciones o cuotas que hayan de ser atribuidas, en cada caso, a cada uno de los nuevos socios»³²⁴. Este artículo es similar al antiguo artículo 244.2.II LSA, que fue interpretado en el sentido de que no era necesario detallar en la escritura de fusión las acciones que se entregan o corresponden a cada accionistas

³²³ En este sentido puede verse GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S. cit. págs. 217-218.

³²⁴ Considera GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 218 que «la atribución de estas participaciones no siempre será necesaria, pues puede que se entreguen acciones de autocartera, o que no existan nuevos accionistas, por ser un supuesto de fusión abreviada del art. 49 y siguientes».

y su identificación individual. Será suficiente, por tanto, con fijar los criterios que posibiliten a los socios identificar el número, clase y serie de las acciones y participaciones que les hayan sido atribuidas, aunque la identidad de los socios colectivos sí es un dato esencial³²⁵.

En segundo lugar, el art. 45.1 LME establece que la escritura debe contener el balance de fusión de las sociedades que se fusionan. Sin embargo, dada la especialidad del artículo 42 LME, no será necesario incorporarlo a la escritura en el caso en que no exista tal balance de fusión.

El artículo 227 RRM requiere otras declaraciones específicas: 1) Manifestación sobre el cumplimiento de la obligación del artículo 39 LME sobre puesta a disposición de la información, ya dijimos que al no existir normalmente convocatoria ni proyecto, balance y demás, la información se suministrará en otro momento a los interesados; 2) la manifestación de inexistencia de acreedores, de no oposición o de oposición haciendo constar la identidad del acreedor que ha ejercido tal derecho, el importe de su crédito y las garantías prestadas; 3) la fecha de publicación en el BORME del depósito del proyecto, lo cual no será posible en los casos del artículo 42 al carecer de proyecto depositado; 4) las fechas de publicación del acuerdo de fusión en el BORME y en el diario³²⁶.

Aunque no sea estrictamente necesario, sí será conveniente que se declare formalmente la sujeción al artículo 42 LME y la manifestación de haber cumplido los requisitos de información de los trabajadores. Además, como especialidad de este precepto, en el caso de que todos los socios renuncien a la publicación del acuerdo y decaiga el derecho

³²⁵ Así lo consideran CABANAS TREJO, R., cit. págs. 204-205 y 214 y CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. y PÉREZ TROYA, A., cit. pág. 392. Sin embargo, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., 2009, cit. pág. 660 entiende que si la sociedad absorbente es sociedad limitada, parece necesaria la constancia de la identidad de las personas a que se hayan adjudicado las participaciones *ex* art. 200.3 RRM por analogía.

³²⁶ Opinan acertadamente CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. y PÉREZ TROYA, A., cit. pág. 388 que «el sentido de estas menciones es, en general, el de asegurar la regularidad del procedimiento de fusión, de modo que el registrador mercantil que practique la inscripción de la escritura, pueda comprobar que no existe ningún defecto formal».

Entiende BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., cit. pág. 761 (respecto al régimen anterior) que en la escritura pública deberá incluirse además una declaración en la que se ponga de manifiesto el cumplimiento de las condiciones suspensivas a las que hubieran quedado sometidos los acuerdos de fusión, y deberán incorporarse asimismo las autorizaciones administrativas exigibles para la operación. En idéntico sentido FERNÁNDEZ DEL POZO, L., 2009, cit. pág. 654. En cambio CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. y PÉREZ TROYA, A., cit. pág. 394 consideran suficiente la mera manifestación de los otorgantes de haber obtenido las correspondientes autorizaciones.

de oposición por las razones estudiadas, sería posible el otorgamiento inmediato de la escritura de fusión por todos los socios de las sociedades participantes en la fusión. Es decir, se constituirían las juntas universales de todas las sociedades en un mismo acto, con la comparecencia ante notario, el cuál documentaría directamente en la escritura de fusión³²⁷. Para el otorgamiento de la escritura en estas circunstancias, habrán de concurrir todos los socios, y los administradores de todas las sociedades que participan en la fusión, tanto si son socios como si no y haciendo constar en su caso, si tienen esta doble condición de socio-administrador. Será conveniente que conste separadamente la decisión de los socios de cada sociedad de constituirse en junta universal. El acuerdo podrá ser en cuanto a su contenido común, salvo las especialidades o menciones particulares de cada sociedad, entre otras, las relativas al derecho de oposición de los acreedores. Para finalizar, el notario debe informar a los administradores de la necesidad de que trasladen dichos acuerdos a los libros de actas de las respectivas sociedades³²⁸.

4. Inscripción de la fusión

Después de los trámites fiscales oportunos, el siguiente paso procedimental es la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de fusión³²⁹. En nuestro ordenamiento, la inscripción de la fusión en el Registro Mercantil competente tiene carácter constitutivo y es obligatoria³³⁰. Cumple una doble función³³¹, ya que es requisito de eficacia y además, respecto de las sociedades de nueva creación es requisito constitutivo de su personalidad jurídica. La inscripción no es un requisito negocial, es decir, la inscripción no determina la existencia del negocio jurídico³³². La eficacia constitutiva de la fusión se refiere a los efectos propios de la misma: la transmisión de

³²⁷ En este sentido, CABANAS TREJO, R., cit. págs. 202-204 sostiene que «esta posibilidad de generación inmediata del título inscribible, cuando necesariamente éste haya de ser una escritura pública (art. 95 RRM), soslayando el trámite intermedio de la documentación social interna, no es desconocida en nuestra práctica societaria, ni ha sufrido el rechazo de la DGRN». Cita entre otras estas resoluciones: resolución de 21 de junio de 1990, resolución de 5 de enero de 1993 y resolución de 10 de marzo de 2005.

³²⁸ Esta es la interpretación realizada por CABANAS TREJO, R., cit. pág. 204 y que compartimos.

³²⁹ Según la naturaleza de los bienes que integren los bloques patrimoniales desplazados, la escritura debe inscribirse en otros registros, como el de la Propiedad, de Matrícula de Buques, la Oficina Española de Patentes, etc. (ÁVILA NAVARRO, P., cit. pág. 427).

³³⁰ Esta es la opinión sostenida, entre otros, por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., cit. pág. 763.

Entiende GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 222 que «está claro que la plenitud de efectos y su oponibilidad frente a todos no se produce sino desde la inscripción, sin perjuicio de los efectos propios de la publicación en el BORME».

³³¹ Mantienen esta posición por ejemplo SEQUEIRA MARTÍN, A. «Fusión de sociedades», cit. págs. 643-644 y ÁVILA NAVARRO, P. cit. pág. 424.

³³² En este sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., 2009, cit. pág. 661.

todos los bienes y derechos por sucesión universal; la extinción de las sociedades fusionadas o absorbidas; la integración, en su caso, de los socios de las extinguidas en la nueva sociedad o en la absorbente (art. 22 LME)³³³. Sin embargo, para otros efectos, la fecha relevante puede ser anterior o posterior de la inscripción de la fusión, como para la eficacia contable que se retrotrae normalmente a un momento anterior, o la fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones, participaciones o cuotas tendrán derecho a participar en las ganancias sociales, etc.

Una cuestión muy discutida por la doctrina, pero en la que parece haber bastante consenso, es en torno a la eficacia de la fusión no inscrita. Generalmente la doctrina entiende que no cabe la aplicación directa de todas las normas previstas para las sociedades irregulares y en formación en estos casos. Si la fusión no está inscrita, cada una de las sociedades participantes sigue respondiendo de sus deudas y obligaciones frente a los terceros. Si los acuerdos son válidamente adoptados por todas las sociedades participantes, el contenido de los mismos obliga a las sociedades, socios y administradores, los cuáles deberán asegurarse de que la operación se lleve a cabo y habrán de inscribirla.

El artículo 46 LME es el encargado de regular brevemente la inscripción de la fusión. Dicho precepto dispone lo siguiente en su primer apartado: «la eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil competente». Y en su segundo apartado añade: «una vez inscrita la fusión se cancelarán los asientos registrales de las sociedades extinguidas». Tanto los administradores de las sociedades que se fusionan como los administradores de la sociedad resultante tienen facultades plenas para solicitar la inscripción de la fusión³³⁴. La inscripción de la fusión es obligatoria y debe procurarse en el plazo de un mes contado desde la escritura. El incumplimiento de dicho plazo, sólo tendrá como consecuencia la oportuna responsabilidad de los administradores encargados de solicitar la inscripción³³⁵.

³³³ Así lo considera acertadamente CORTÉS DOMINGUEZ, L. J., y PÉREZ TROYA, A., cit. pág. 406.

³³⁴ En este sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., cit. pág. 661 y LÁZARO SÁNCHEZ, E.J.: «Fusión. Comentario de los artículos 239, 244 y 245», en ARROYO, I., EMBID IRUJO, J.M. (dirs), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol. III, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, pág. 2345.

³³⁵ Aunque expresamente no se prevé, la doctrina ha venido considerando que se aplica el plazo general de un mes. Por ejemplo, ÁVILA NAVARRO, P. cit., pág. 426 o FERNÁNDEZ DEL POZO, L., 2009, cit. pág. 667.

El RRM establece unas reglas para coordinar aquellos casos en que las sociedades participantes figuren inscritas en diversos registros (art. 231 RRM). El registrador de cada uno de los registros extenderá una nota en el título, en la cual hará constar la inexistencia de obstáculos registrales para la fusión pretendida³³⁶. Idéntica nota se hará en la hoja de la sociedad a la que se refiere. La función de este asiento es informar a los terceros y supone el cierre provisional de la hoja registral durante el plazo de seis meses. Cuando se haya inscrito la fusión³³⁷, se deben cancelar los asientos de las sociedades extinguidas (art. 233 RRM), debiéndose de realizar las comunicaciones necesarias entre registros. Después de esto, cada uno de los registradores remitirá al Registro Mercantil Central los datos necesarios para la publicación en el BORME.

No existen apenas singularidades en este último paso de la fusión en relación a la modalidad de fusión del artículo 42 LME. Para la inscripción de la escritura en el Registro Mercantil se presentará la copia autorizada de la escritura, con justificante del pago del Impuesto y la carta de pago correspondiente en su caso. Entre los documentos complementarios (art. 230 RRM) se encuentran los siguientes: 1) El proyecto de fusión, que no será necesario en nuestro caso, porque se prescinde de él; 2) Ejemplares de los diarios en que se hubiesen publicado la convocatoria de la junta –esta fusión simplificada será normalmente en junta universal, es decir, sin convocatoria- y el acuerdo de fusión –ya vimos, que podría sustituirse por una comunicación individual, lo cual ha de constar en la escritura-; 3) Informe de los administradores e informe o informes del experto o expertos independientes, tampoco son necesarios estos informes en la fusión súper simplificada, ya sea porque se exime su elaboración o porque el tipo social no lo exige (informe de expertos).

5. Impugnación de la fusión

La regulación de la impugnación de la fusión tiene como principio inspirador la protección del tráfico y la apariencia jurídica³³⁸. La LME sólo regula la impugnación de

³³⁶ Los obstáculos registrales para la fusión pueden ser desde estar cancelada la hoja de la sociedad como no figurar inscritos los administradores que otorguen la escritura, etc.

³³⁷ Según el art. 232 RRM la fusión por creación se reflejará en el Registro Mercantil abriendo hoja registral nueva a la sociedad creada. Si el Registrador Mercantil califica negativamente la escritura de fusión, se podrán interponer los recursos pertinentes (recurso gubernativo o recurso judicial) (ÁVILA NAVARRO, P., cit. págs. 425-426).

³³⁸ En este sentido GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 288.

la fusión ya inscrita. No obstante, es posible la impugnación de los acuerdos antes de la inscripción conforme a las normas generales de impugnación de acuerdos. La impugnación de los acuerdos no paraliza el procedimiento de fusión, sino que para ello habrá que pedir la suspensión del mismo como medida cautelar³³⁹.

Por lo que respecta a la impugnación de la fusión inscrita, fue una cuestión muy debatida en cuanto a su configuración durante el procedimiento legislativo, donde se trataba de encontrar el equilibrio entre seguridad jurídica y justicia. Y es que, en un principio, la inimpugnabilidad de la fusión constituye la opción más deseable debido a la complejidad del procedimiento, su coste, y lo problemático que sería reponer todo a la situación anterior a la operación. Pero impedir la impugnación de la fusión podría conducir a grandes abusos y al fraude, por lo cual, es necesario encontrar una situación de equilibrio entre ambas posturas contrapuestas.

Es el artículo 47.1 LME el encargado de regular la impugnación de la fusión. Dispone dicho artículo que «ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley. Quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados». La actual regulación parece reducir los motivos de impugnación, ya que el artículo 246 LSA decía que la «acción de nulidad contra una fusión ya inscrita en el Registro, sólo podrá basarse en la nulidad o anulabilidad de los correspondientes acuerdos de la junta», y el artículo 47 LME en cambio sólo prevé la impugnación en aquellos casos en los que la fusión se haya realizado en disconformidad «con las previsiones de esta ley». Cabe preguntarse a qué se refiere la Ley con la expresión «las previsiones de esta ley», si es sólo a las exigencias formales o también a las materiales, y si son sólo las de la LME³⁴⁰ o a las de otras leyes³⁴¹. Es ésta una cuestión muy discutida por la doctrina, algunos opinan que no es posible la impugnación por motivos que no sean de procedimiento, y en cambio, otros sostienen que el control preventivo de legalidad realizado por el notario y el registrador tiene eficacia sanatoria, por lo que no

³³⁹ Opina de esta forma, entre otros, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., 2009, cit. págs. 681-682.

³⁴⁰ Lo entiende de esta forma MARTÍ MOYA, V., 2010, cit. pág. 283.

³⁴¹ CABANAS TREJO, R., cit. pág. 238 entiende que es posible la impugnación no sólo por infracción de la LME sino también de otras leyes, pero que sí se excluyen las infracciones meramente estatutarias o las basadas en la lesión del interés social. En cambio, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., 2009, cit. pág. 688 sostiene que «aunque se mencione a la Ley, también puede impugnarse la fusión por causa de una infracción de lo previsto en los estatutos sociales o por resultar los acuerdos de fusión lesivos a los intereses de la sociedad».

será posible la impugnación o sólo de una forma más limitada³⁴². Consideramos que la interpretación más correcta es la apuntada por algún autor³⁴³ que entiende que la LME sí permite la impugnación de la fusión inscrita, y no sólo por los defectos formales del procedimiento. Además, será impugnable por la concurrencia de causas de nulidad de la nueva sociedad creada (art. 47.4 LME) y la inscripción no tendrá efecto sanatorio al menos sobre la infracción de las normas de defensa de la competencia.

El artículo 47.2 LME establece que «el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación caduca a los tres meses, contados desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad». Se reduce así de seis a tres meses el plazo de impugnación respecto al régimen anterior. En principio, el *dies a quo* del cómputo del plazo será el de la publicación de la inscripción en el BORME. Por lo que respecta a los efectos de la impugnación, el artículo 47.3 LME dispone que «la sentencia que declare la nulidad habrá de inscribirse en el Registro Mercantil, se publicará en su Boletín Oficial y no afectará por sí sola a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la fusión, a favor o a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad surgida de la fusión.

De tales obligaciones, cuando sean a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad, responderán solidariamente las sociedades que participaron en la fusión». Como podemos ver, se protege el tráfico mediante la subsistencia de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la fusión.

En cualquier caso, podrá ejercerse la acción de resarcimiento por los daños y perjuicios que la fusión cause a socios y terceros (art. 47.1 LME). Podrá ejercitarse asimismo cuando se ejercite la acción de impugnación y podrá dirigirse contra los administradores, los expertos independientes (no en nuestro caso en el que no los habrá), los auditores del balance (en la fusión súper simplificada en principio tampoco

³⁴² Mantiene esta postura FERNÁNDEZ DEL POZO, L., 2009, cit. págs. 687-689 cuando dice: «hemos de entender que, no obstante la inscripción de la fusión, a pesar de lo establecido en la regla general, existen ciertos vicios o causas de impugnación que, por no quedar sanados con la publicidad registral, pueden dar lugar a la sentencia judicial declarativa de la nulidad de la fusión inscrita». En similar sentido MARTÍ MOYA, V., 2010, cit. pág. 284 que considera que la fusión sólo será impugnable por cuestiones de fondo, porque las de forma son controlados por el registrador.

³⁴³ Así, GONZÁLEZ-MENESES, M y ÁLVAREZ, S., cit. págs. 289-290, quien señala además que la jurisprudencia ha venido admitiendo hasta ahora las impugnaciones por cuestiones de fondo, como el tipo de canje, y es dudoso que vayan a cambiar su posición.

los habrá), o contra la sociedad³⁴⁴. La acción no se somete al plazo de ejercicio de tres meses del artículo 47.2 LME.

En la impugnación no hay ninguna especialidad digna de mención respecto a la aplicación del supuesto simplificado del artículo 42 LME. Simplemente sorprende que algunos entendieran que el mantenimiento de la posibilidad de impugnar la fusión se debía sobre todo como protección contra esta modalidad de fusión simplificada³⁴⁵. En parte es comprensible esta visión porque esta simplificación del procedimiento permite casi llegar a la inscripción sin publicidad de la operación, y además, el control que efectúa el funcionario por ejemplo sobre la universalidad de la junta y la unanimidad del acuerdo, se hace sobre la base de la documentación en la que se hace constar estas circunstancias. Podríamos cuestionarnos si un acuerdo adoptado en una junta general universal simulada, contraría el orden público. Aunque así fuese, y sin perjuicio de que el acuerdo de fusión fuese impugnado antes de la inscripción de la operación, no debería permitirse la impugnación de la fusión más allá del plazo de los 3 meses establecido en el artículo 47 LME por ser una normativa especial la reguladora de las modificaciones estructurales frente a la normativa societaria general³⁴⁶.

VII. APLICACIÓN A OTRAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

Por último, debemos considerar si es posible aplicar el procedimiento súper simplificado del artículo 42 LME a otras de las modificaciones estructurales reguladas en la LME. Analicemos muy brevemente por el orden sistemático seguido en la LME la posible aplicación a estas operaciones.

En primer lugar, dispone el artículo 53 LME que «también constituye una fusión la operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas

³⁴⁴ Estos son los legitimados pasivamente según GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 292.

³⁴⁵ A pesar, de que la Directiva de fusiones transfronterizas prohíbe que pueda ser declarada la nulidad de la fusión que ya haya cobrado efectos.

³⁴⁶ En este sentido CABANAS TREJO, R., cit. págs. 242-246.

correspondientes a aquélla». Dado que el precepto asimila esta operación a la fusión, será aplicable su régimen jurídico en su totalidad, incluido el artículo 42 LME³⁴⁷.

Por lo que respecta a la escisión, e indistintamente si se trata de una escisión total, parcial o una segregación, podrá aplicarse el régimen simplificado del artículo 42 LME, puesto que el artículo 73.1 LME hace una remisión a las normas de la fusión, las cuales serán aplicables a esta operación, con las salvedades contenidas en la norma para la escisión, de las cuáles ninguna parece afectar a ningún aspecto esencial de las simplificaciones del artículo 42 LME³⁴⁸. En estos casos es posible una mayor simplificación de la operación puesto que puede requerirse sólo el acuerdo de una junta que sea la afectada por la escisión.

Por lo que se refiere a la constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio prevista en el artículo 72 LME, que es aquella operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria, será también aplicable el artículo 42 LME, puesto que como hemos dicho anteriormente, este precepto es aplicable a la escisión, y el artículo 72 LME declara aplicable a esta operación las normas de la escisión en cuanto procedan.

También debe considerarse aplicable el procedimiento simplificado a la cesión global de activo y pasivo, a pesar de que no exista una remisión general al régimen de la fusión como en los casos anteriores (a excepción de la remisión en el caso de impugnación, art. 90 LME y la remisión que parece recoger el artículo 87.1 LME para la adopción del

³⁴⁷ Incluso como señala CABANAS TREJO, R., cit. pág. 249 «también se superpondrá lo dispuesto en el artículo 49 LME, que permite prescindir de la aprobación en junta general de la sociedad cedente».

³⁴⁸ Considera GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 346 que «la norma del art. 42, que para las sociedades limitadas aligera los trámites cuando la fusión se acuerda por unanimidad de todos los socios, es también aplicable, por supuesto, a escisiones en las que solo intervienen limitadas. No obstante, habrá que tener en cuenta que la dispensa de proyecto de escisión y de balance debe coordinarse con esas exigencias específicas de la escisión de una precisa determinación de los elementos patrimoniales que se atribuyen a la sociedad o sociedades beneficiarias y de la distribución, en su caso, de las acciones o participaciones emitidas entre los socios de la compañía escindida. No habiendo proyecto de escisión, estas determinaciones a que se refiere el art. 74 deberán contenerse, por supuesto, en el acuerdo o acuerdos de escisión».

También admiten la aplicación del artículo 42 a la escisión ALONSO ESPINOSA, F. J. y LÁZARO SÁNCHEZ, E.J.: «Especialidades del procedimiento de escisión», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, coord. por F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, vol. II, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 228-228, 282, 284.

acuerdo)³⁴⁹. Sin embargo, hay que hacer algunas breves precisiones como ya ha referido algún autor con anterioridad³⁵⁰. En esta operación, sólo se exige el acuerdo por unanimidad de la junta de socios de la sociedad cedente y es indiferente el tipo social de las sociedades intervinientes, ya que ninguna Directiva comunitaria impone un régimen concreto para ciertas formas sociales en la cesión global de activo y pasivo. Y cabe recordar la necesidad de respetar los derechos de información de los representantes de los trabajadores (art. 87.2. II LME).

Y por último, aunque puede resultar muy controvertida esta interpretación, también podría ser aplicable el artículo 42 LME al traslado internacional del domicilio social. Decimos que puede resultar controvertida por las especialidades de la regulación de la operación, que lleva a cuestionarse la admisibilidad de la celebración de junta universal, la reducción de información previa a los acreedores y trabajadores, etc. Aún así, como ya decimos, consideramos posible tal aplicación³⁵¹.

VIII. CONCLUSIONES

Como hemos podido comprobar, el artículo 42 LME se ha convertido en el eje fundamental de la flexibilización y simplificación procedimental de la fusión, pensado, sobre todo, para aquellas sociedades de pequeñas dimensiones, que por ser de un tipo

³⁴⁹ Aunque se pregunta por la posible aplicación del artículo 42 LME en los casos de cesión global de activo y pasivo, no ofrece una respuesta GÓNZALEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 442 y 450. Este autor entiende que «en sede de cesión global no existe una remisión genérica a las normas del régimen de la fusión, como sí la hay en escisión, sino sólo en algunas cuestiones particulares, con lo cual no está muy claro cómo debemos interpretar estos silencios». En cualquier caso, considera que «la regulación contenida en el Título IV de la LME es contraria a la Tercera Directiva en la medida en que dispensa a la cesión global de requisitos que son propios de la fusión, fundamentalmente, el acuerdo de junta de la sociedad cesionaria, la suscripción del proyecto de cesión global por los administradores de las dos sociedades, el balance de las dos sociedades intervinientes, y el informe de experto independiente sobre el proyecto de cesión salvo acuerdo unánime de todos los socios».

En cambio, admite la aplicación de este precepto expresamente CONDE TEJÓN, A. «Procedimiento aplicable a la cesión global de activo y pasivo y efectos», en AAVV, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, vol. II, coord. por F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 709.

³⁵⁰ CABANAS TREJO, R., cit. págs. 250-251.

³⁵¹ Estudia detenidamente la problemática en torno a esta interpretación CABANAS TREJO, R., cit. págs. 251-257.

GÓNZALEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., cit. pág. 472-473 parece estar en contra de la posibilidad de celebración de junta universal para la adopción del acuerdo, y además considera que no es prescindible el depósito del proyecto ni el informe de los administradores en caso de junta universal. Suponemos que se está refiriendo tanto a la junta universal como a la aplicación del artículo 42 LME. En igual sentido ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A.: «Fase decisoria. Tutela de los intereses de socios y acreedores», en AAVV, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, vol. II, coord. por F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 95.

social diferente a la SA o SComA, pueden reunir a todos sus socios en junta (o puede no ser necesario, si la forma social permite la adopción del acuerdo de otra manera) para aprobar el acuerdo de fusión por unanimidad.

El precepto permite eludir casi todas las exigencias relativas a la preparación y el acuerdo de fusión, y es por ello, por lo que en la práctica se están efectuando tantas fusiones siguiendo el procedimiento «súper simplificado» del artículo 42 LME. Así, podemos encontrar en el BORME en torno a 400 publicaciones de fusiones efectuadas acogándose expresamente al artículo 42 LME, lo cual no es un número nada desdeñable, teniendo en cuenta que la LME lleva sólo 2 años en vigor.

Y está teniendo especialmente éxito en las fusiones que siguen a su vez el procedimiento especial del artículo 49 LME, esto es, la absorción de sociedad íntegramente participada. Además, en la mayoría de las ocasiones la asistencia de todos los socios a la junta, se está llevando a cabo a través de la celebración de junta universal, aunque ya dijimos que el artículo 42 no se tiene por qué identificar con la necesidad de celebración de junta universal.

Ha tenido tan gran acogida el precepto en la práctica, que no es extraño encontrar supuestos en los que se produce una transformación previa de sociedades anónimas en sociedades de responsabilidad limitada para así poder aplicar el artículo 42, o primero se lleva a cabo la fusión entre sociedades limitadas aplicando este precepto, y la sociedad resultante (la absorbente) se transforma seguidamente en SA.

Pero aunque haya tenido una buena acogida como medio de agilización, flexibilización y abaratamiento de las reestructuraciones de empresas, no por ello deja de causar problemas. El precepto tiene grandes carencias en su redacción y puede conducir a diversas interpretaciones, muchas de ellas erróneas. Empezando por el ámbito subjetivo de aplicación, que permite entender que sería aplicable el precepto en aquellos casos en los que participe alguna SA o SComA y la sociedad resultante no tenga esa forma social o que las participantes sean de otro tipo social pero la resultante sea SA o SComA, cuando lo que debe entenderse, al igual que en el artículo 2505 *quáter* del Codice Civile, que el procedimiento «súper simplificado» no será aplicable en el caso de participar alguna SA o SComA *ni* cuando la sociedad resultante lo sea.

También resulta problemática la interpretación de la referencia a la inaplicación de las «*normas generales*» sobre el proyecto y el balance, que nos hace cuestionarnos si directamente el precepto permite prescindir de tales documentos o si sólo se refiere a no aplicar las normas referidas a plazos, contenido, etc. Sin embargo, como ya dijimos, consideramos que el artículo exime de la elaboración de tales documentos, lo cual no obsta a que, siguiendo el argumento *a maiore ad minus*, sí existan con mero carácter interno, teniendo conocimiento de ellos sólo los socios, o que por ejemplo, el balance no respete los plazos establecidos, etc. Y es que, si la función principal del balance de fusión es meramente informativa, el proyecto de fusión, en cambio, juega un papel fundamental en el procedimiento general de fusión, puesto que es el que «fija» el contenido del acuerdo, ya que las juntas no se pueden distanciar de lo contenido en él, por correr el riesgo de que cualquier modificación unilateral del proyecto equivalga a rechazo de la propuesta. A pesar de que en el caso del artículo 42 LME el procedimiento comienza formalmente en la fase decisoria, las sociedades tendrán que haber negociado previamente los términos en que se va a efectuar la fusión, y las juntas deberán aprobar el acuerdo conforme a lo previsto con anterioridad, por lo que en la práctica, aunque sólo sea a efectos internos, existirá proyecto de fusión o un documento equivalente (es indiferente la denominación que se le quiera dar).

El precepto estudiado tampoco aclara de qué forma se debe suministrar a los titulares de derechos especiales, a los obligacionistas o a los representantes de los trabajadores la información, que en el procedimiento general, se vincula a la publicación o comunicación de la convocatoria de la junta, debiendo buscar otras vías alternativas para ofrecer esta información debida, especialmente, en el caso de los representantes de los trabajadores (art. 42. II párrafo LME).

Además, también pueden surgir problemas a la hora de delimitar los acreedores legitimados para ejercer el derecho de oposición del artículo 44 LME, ya que el plazo límite que se tiene en cuenta es el de la publicación del proyecto de fusión, lo cual nos obliga a fijar otro criterio temporal para estos casos especiales en los que se carece de proyecto. Y por supuesto, también es llamativo que el artículo 43, al prever que la publicación del acuerdo en el BORME y en el diario de gran circulación se pueda sustituir por una comunicación individual a los socios y a los acreedores, nos conduzca a que externamente la fusión sea conocida cuando ya se ha efectuado.

Pero los problemas no sólo se plantean respecto al precepto estudiado, sino su compatibilidad con el papel del Registro Mercantil (que indudablemente se ve reducido) y con su Reglamento regulador, que no ha sido adaptado a los cambios introducidos por la LME (la cual, a su vez, deberá ser reformada para introducir las novedades de obligada implantación en nuestro ordenamiento previstas en la Directiva 2009/109/CE). Esto, nos lleva a realizar una interpretación correctora de su articulado que sea coherente con las modificaciones introducidas por la LME en el procedimiento de fusión en general, y en el «súper simplificado» en especial.

En conclusión, el artículo 42 LME constituye indudablemente una de las grandes novedades de la LME, sobre todo, en la vía de la simplificación procedimental que ya fue iniciada por la RDGRN de 30 de junio de 1993, seguida también por el Proyecto de Código de Sociedades Mercantiles y que se ha visto casi en idénticos términos plasmado en este artículo, repitiendo igualmente sus errores, por lo que la DGRN o los Tribunales deberán de guiarnos en cómo aplicar el precepto correctamente, o incluso, si es necesario, aprovechando la reforma que se debe efectuar en la LME para incorporar la Directiva 2009/109/CE modificar el precepto en los términos que se considere necesarios.

IX. EPÍLOGO: LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 9/2012

A finales de enero de 2012, la Comisión Europea realizó una llamada de atención a España y a otros países como Italia, Chipre, Rumania y Eslovenia, para simplificar su legislación sobre fusiones y escisiones empresariales y adaptarla a la normativa europea, en concreto a la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE, del Consejo, y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones. Si en el plazo de dos meses no realizaba las incorporaciones y modificaciones pertinentes, la Comisión Europea denunciaría a España por dicho incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y es que recordemos que los países comunitarios tenían hasta el 30 de junio de 2011 para haber modificado la legislación interna siguiendo la directiva comunitaria.

La posibilidad de ser sancionados por el mencionado incumplimiento, ha sido la justificación de la utilización del Real Decreto-ley como vía de incorporación a nuestro ordenamiento de las modificaciones impuestas. En concreto, se ha publicado el Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificaciones de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, que en el plazo de 30 días deberá ser convalidado o derogado por el Congreso de los Diputados. También es posible que se tramite como proyecto de ley.

En cualquier caso, estimamos pertinente pronunciarnos sobre las modificaciones que afectan directamente al precepto estudiado en este trabajo: el artículo 42 LME. Pero antes de nada, debemos ver someramente qué otras reformas ha introducido el Real Decreto-ley 9/2012, el cuál modifica la Ley de Modificaciones Estructurales y en menor medida la Ley de Sociedades de Capital. Ésta última se modifica para profundizar sobre la existencia de una página web corporativa de las sociedades.

Por lo que respecta a la LME, se modifican el artículo 32 que obliga a insertar el proyecto común de fusión en la página web de cada una de las sociedades que participan en la fusión (y se hará constar en el BORME). Para el caso de que las sociedades no tengan página web deberán depositar el proyecto en el Registro Mercantil, y se publicará en el BORME (se suprime toda mención a la calificación del Registrador y a la junta universal).

Asimismo se modifica el artículo 34 LME en relación al proyecto del experto independiente, exigiéndolo ahora para cuando alguna de las sociedades *que participan* en la fusión sea anónima o comanditaria por acciones (antes hacía mención a que tuviera ese tipo social la sociedad resultante y no las participantes). Por su parte, el artículo 36 permite sustituir el balance de fusión, para las sociedades anónimas cotizadas, por un informe financiero semestral exigido por la legislación sobre mercado de valores.

También se modifica el artículo 39 sobre la información sobre la fusión, para reflejar el deber que recae sobre los administradores de insertar la documentación, que ya se venía exigiendo con la anterior redacción del precepto, a través de la página web corporativa si la hubiese. Por lo que se refiere a la publicación de la convocatoria de la junta

(artículo 40.2) se sustituye la expresión confusa referida a «la publicación de la convocatoria de la junta o, en su caso, *la comunicación del proyecto de fusión a los socios*» por «la publicación de la convocatoria de la junta *o la comunicación individual de ese anuncio a los socios*» y se hace mención a que se hará constar la fecha de la inserción de la documentación del artículo 39 en la página web.

En relación al derecho de oposición, la principal novedad es que la inscripción de una fusión o escisión llevada a cabo sin respetar el derecho de oposición de un acreedor permite, al acreedor que se opuso, reclamar judicialmente el otorgamiento de la garantía o el pago de su crédito. El artículo 45 exige que en la escritura de fusión se incorpore el informe financiero semestral en aquellos casos en que haya sustituido al balance de fusión. También se introducen otras modificaciones en coherencia con la posibilidad de publicar en la página web el proyecto de fusión (art. 51 LME), o la remisión del derecho de separación ahora es a la LSC y no al régimen de las SRL, etc.

Por lo que respecta ya en concreto al artículo 42 LME, el precepto queda redactado de la siguiente forma: «1. El acuerdo de fusión podrá adoptarse sin necesidad de publicar o depositar *previamente* los documentos exigidos por la ley y *sin* informe de los administradores sobre el proyecto de fusión cuando se adopte, en cada una de las sociedades que participan en la fusión, *en junta universal y por unanimidad* de todos los socios con derecho de voto y, en su caso, de quienes de acuerdo con la ley o los estatutos pudieran ejercer legítimamente ese derecho.

2. Los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo, no podrán ser restringidos por el hecho de que la fusión sea aprobada en *junta universal*».

A excepción del apartado segundo del precepto citado, las modificaciones son más que evidentes una vez que se ha estudiado en profundidad el antiguo artículo 42 LME. En primer lugar, la modificación más patente es referente al ámbito subjetivo de aplicación del precepto. Antes excluía de la aplicación de las simplificaciones procedimentales que preveía a las sociedades anónimas o comanditarias por acciones, por lo que en aquellos casos en los que participaran estas sociedades o la sociedad resultante perteneciera a alguno de estos dos tipos sociales no se les podía aplicar el precepto. Ahora el artículo

ha suprimido toda mención al tipo social de las sociedades participantes por lo que será aplicable a cualquiera de las sociedades mercantiles a los que es aplicable la LME. Esto podría verse como un gran avance, pero la simplificación procedimental se reduce.

La reforma viene a corregir la defectuosa redacción que antes hacía dudar a la doctrina si era posible aplicar a unas sociedades participantes el precepto y a otras no, en el sentido de que no todas cumplieran el requisito de celebrar una junta a la que asistieran todos los socios y que aprobaran la fusión por unanimidad. El Real Decreto-ley es claro: «cuando se adopte, *en cada una* de las sociedades que participan en la fusión».

Con la redacción anterior del precepto considerábamos posible que la junta celebrada fuera una junta convocada formalmente a la que acudieran todos los socios (o sus representantes) o también podía ser una junta universal. En cambio, con la modificación se hace mención expresa a que sea una junta universal, es decir, una junta sin convocatoria a la que asistan todos los socios. Pero recordemos que se trata de una junta universal especial puesto que se mantiene la exigencia de que el acuerdo de fusión sea adoptado por unanimidad. Pero es más, el Real Decreto-ley también corrige un defecto de la antigua redacción que no hacía mención a quiénes eran los que debían «votar». Ahora se hace mención expresa de que se trata de «unanimidad de todos *los socios con derecho a voto* y, en su caso, *de quienes de acuerdo con la ley o los estatutos pudieran ejercer legítimamente ese derecho*».

Por lo que respecta a las consecuencias jurídicas del precepto, el Real Decreto-ley dispone en el nuevo artículo 42.1 LME que «el acuerdo de fusión podrá adoptarse sin necesidad de publicar o depositar *previamente* los documentos exigidos por la ley y *sin informe de los administradores* sobre el proyecto de fusión». Pueden hacerse dos interpretaciones. Es claro que se exime de la necesidad del informe de los administradores en estos casos de junta universal en que el acuerdo se adopte por unanimidad. Pero aunque una lectura rápida podría hacernos pensar que además se permite prescindir de otros documentos (primera interpretación), consideramos que no es así, sólo se consiente que no se depositen o publiquen *con anterioridad* a la adopción del acuerdo, por lo cual no significa que no sean necesarios (segunda interpretación).

Esto supone dar un paso atrás comparado con la redacción anterior. Antes no era necesario el propio proyecto de fusión, el balance de fusión, el informe de administradores y el informe del experto (porque no se les exigía a los tipos sociales de las sociedades participantes). Ahora la cosa cambia, el informe de los administradores no es necesario pero sí el resto de documentos enumerados, aunque algunos se podrán publicar o depositar con posterioridad a la adopción del acuerdo. Maticemos.

La previsión que realizaba antes el artículo 32 LME parecía ya permitir que se realizara la junta universal (siendo indiferente el tipo social de las participantes) y después se depositara el proyecto de fusión. En cambio el artículo 42 LME al referirse a que no se aplicaban las normas generales sobre el proyecto posibilitaba que no existiera formalmente, al menos, un proyecto de fusión.

El balance de fusión, ya comentamos que, realmente tiene más un valor informativo que contable, por lo que no se entiende que no se haya seguido manteniendo que se prescinda de él si es la voluntad de los socios. Con la nueva redacción, será necesario que sea aprobado por la junta celebrada para adoptar el acuerdo de fusión.

Al incluirse entre las sociedades que pueden seguir las «simplificaciones» previstas en el artículo 42 LME las sociedades anónimas o comanditarias por acciones, si participan en la fusión alguna sociedad con este tipo social será necesario el informe del experto, que ahora se requiere siempre que «alguna de las sociedades *que participen* en la fusión sea anónima o comanditaria por acciones». No obstante, sería posible que el experto sólo se pronunciara sobre si «el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, al menos, al capital de la nueva sociedad o al importe del aumento del capital de la sociedad absorbente» y no además sobre el tipo de canje si en todas las sociedades que participen en la fusión así lo acuerdan todos los socios con derecho de voto y, además, todas las personas que, en su caso, según la Ley o los estatutos sociales, fueran titulares de ese derecho. También se eximirá de esa parte del contenido del informe del experto cuando la sociedad absorbente sea titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones en que se divida el capital social de la sociedad o sociedades absorbidas (art. 34 LME conforme al Real Decreto-Ley).

Por lo que se refiere al derecho de información del artículo 39, dicha información deberá suministrarse con posterioridad a la celebración de la junta universal en la que se apruebe la fusión, publicando la documentación requerida a través de la página web corporativa, o si no la hubiera, poniéndola a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y de los representantes de los trabajadores, en el domicilio social.

En este caso la adopción del acuerdo requiere unanimidad y ya hemos indicado que no habrá convocatoria de la junta por el carácter universal de ésta. Una vez aprobado el acuerdo, deberá ser publicado en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. Dicha publicación podrá ser sustituida, como ya indicamos, por la comunicación individual del mismo a los socios y acreedores de la sociedad.

Los acreedores legitimados para oponerse en virtud del artículo 44.2 LME serán aquellos «cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de depósito de ese proyecto en el Registro Mercantil y no estuviera vencido en ese momento». Aquí caben dos posibilidades, si el proyecto no fue depositado antes de la celebración de la junta universal, pero se publica antes que el acuerdo de la junta, la legitimación de los acreedores podrá ser fijada respecto a la fecha de la publicación del proyecto. Pero si se publica después o al mismo tiempo, se tendrá en cuenta la fecha de publicación del acuerdo o, si se optó por la comunicación individual, podría ser la fecha de adopción del acuerdo o se fijaría alguna otra fecha posterior. En la escritura pública de fusión se incorporará el balance de fusión, y posteriormente la operación será inscrita en el Registro Mercantil, y en su caso, podrá ser impugnada.

Como se puede comprobar, el Real Decreto-Ley supone una gran reforma del artículo 42 de la LME, que si bien amplía su ámbito subjetivo de aplicación y permite mantener la reducción de la duración del procedimiento, exige con posterioridad a la celebración de la junta documentos de los que antes se eximía. Es pronto para hacer predicciones de cómo afectará esta reforma a la tendencia a tratar de acogerse al procedimiento «súper simplificado» del artículo 42 LME. Pero no todo es malo, aunque se haya actuado en

detrimiento de la simplificación del procedimiento, desde mi perspectiva se ha mejorado en la claridad de redacción del precepto.

X. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CITADAS

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ESPINOSA, F.J y LÁZARO SÁNCHEZ, E.J.: «Especialidades del procedimiento de escisión», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. II, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 209-339.
- ANSÓN PEIRONCELY, R.: *La Ley 3/2009 de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Ed. Civitas, Navarra, 2009, págs. 14-22 y 59-89.
- ARROYO VENDRELL, T.: «Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», *Derecho de los Negocios*, Núm. 229, 2009, edición electrónica, págs. 1-25.
- ÁVILA NAVARRO, P.: *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Ley 3/2009*, Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, págs. 362-430.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.): *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, 2ª edición, Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2006.
- BUSTILLO SAIZ, Mª del M.: «Acuerdo social», en AAVV: *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. por ALONSO LEDESMA, C., Ed. Iustel, Madrid, 2006, págs. 126-129.
- CABANAS TREJO, R.: *Procedimientos simplificados de fusión de sociedades*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

- CONDE TEJÓN, A.: «Las modificaciones comunitarias en materia de información de las operaciones de modificación estructural de las sociedades mercantiles», *Revista de derecho de sociedades*, Núm. 34, 2010-2011, págs. 527-545.

- «Procedimiento aplicable a la cesión global de activo y pasivo y efectos», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. II, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 673-726.

- CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J. y PÉREZ TROYA, A.: *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M., Tomo IX, Vol. 2º, Ed. Cizur Menor, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.

- ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A.: «Fase decisoria. Tutela de los intereses de socios y acreedores», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. II, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 85-118.

- EMBID IRUJO, J. M.: «Prólogo», en MARTÍ MOYA, V.: *El procedimiento de fusión de las Sociedades Mercantiles: preparación, adopción e impugnación del acuerdo*, Ed. Comares, Granada, 2010, pág. XV-XVI.

- «Fusión. Comentario del artículo 234 al 238, y del 240 al 243», en ARROYO, I., EMBID IRUJO, J.M. (dirs), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol. III, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 2229-2284 y 2302-2332.

- ESCRIBANO GÁMIR, R.C.: «Derecho de oposición de los acreedores», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. I, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 589-644.

- ESTEBAN VELASCO, G.: «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general de los socios en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995», en *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino Duque*

Domínguez, Vol. I, Ed. Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Madrid, 1998, págs. 233-258.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «La dispensa del informe del experto en las fusiones y escisiones tras la desafortunada reforma de la LME por la Ley 25/2011», *Revista de Derecho de Sociedades*, Núm. 37, 2011-2012, págs. 141-160.

----- «La fase de ejecución (Escritura Pública e Inscripción en el Registro. Impugnación)», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. I, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 645-720.

- GARCÍA-VALDECASAS, J.A.: «Fusión de Sociedades Anónimas por acuerdo unánime: no cabe dispensa del informe del experto independiente sobre el patrimonio social no dinerario», disponible en línea [última consulta: 29/08/2011]: <<http://www.notariosyregistradores.com/RESOLUCIONES/2011-MARZO.htm>>
- GARRIDO DE PALMA, V. M.: «Fusión», en GARRIDO DE PALMA, V.M.: *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 109-111.
- GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S.: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- LARGO GIL, R.: «La fase previa y el proyecto de fusión», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. I, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, págs.421-487.

----- «El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la Ley Concursal)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Núm. 9, 2008, págs. 421-487.

- «La modificación del proyecto de fusión por los socios», en *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. 4, Ed. McGraw Hill, Madrid, 2002, págs. 5041-5081.
- «Adopción de los acuerdos de fusión de sociedades en junta universal (RDGRN de 30 de junio de 1993)», *Revista de Derecho de Sociedades*, Núm. 2, 1994, págs. 247-255.
- LÁZARO SÁNCHEZ, E.J.: «Fusión. Comentario de los artículo 239, 244 y 245», en ARROYO, I., EMBID IRUJO, J.M. (dirs), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol. III, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 2284-2302 y 2333-2352.
 - MARTÍ MOYA, V.: *El procedimiento de fusión de las Sociedades Mercantiles: preparación, adopción e impugnación del acuerdo*, Ed. Comares, Granada, 2010.
- «Sobre la modificabilidad del proyecto y el acuerdo unánime de fusión en la Ley de modificaciones estructurales. El art. 42 LME», *Revista de Derecho de Sociedades*, Núm. 37, 2011-2012, págs. 87-101.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: «La fase decisoria: información sobre la fusión, desarrollo de la junta, publicación del acuerdo de fusión», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. I, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 527-588.
 - MIRANDA SERRANO, L.M.: «La junta universal de accionistas o socios (una propuesta de solución a la problemática que encierran los requisitos de universalidad de las juntas)», *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 243, 2002, pág. 71-200.
 - MORRAL SOLDEVILLA, R.: «Comentario al artículo 99», en ARROYO, I., EMBID IRUJO, J.M. (dirs), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 1039-1046.
 - OTERO LASTRES, J.M.: «El requisito de la *aceptación unánime* en la junta universal de las sociedad anónima», en *Derecho de sociedades: libro homenaje al*

- profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. 2, Ed. McGraw Hill, Madrid, 2002, págs. 1229-1244.
- PÉREZ TROYA, A.: *La tutela del accionista en la fusión de sociedades*, Ed. Madrid, 1998.
 - PULGAR EZQUERRA, J.: «Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. II, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 729-771.
 - PAZ-ARES, C. «La sociedad en comandita», en AAVV, *Curso de derecho Mercantil*, dir. por R. URÍA y A. MENÉNDEZ, t. I, Cizur Menor, 2006, págs. 743-774.
 - RONCERO SÁNCHEZ, A.: «Ámbito de la exigencia del informe de expertos independientes en caso de fusiones posteriores a adquisiciones apalancadas», *Revista de Derecho de Sociedades*, Núm. 35, 2010-2012, págs. 257-265.
 - «Fusión posterior a adquisición de sociedad con endeudamiento del adquirente», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. I, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 721-766.
 - SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: «La Ley de Modificaciones Estructurales y el concepto de Modificación Estructural», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. I, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 39-86.
 - SÁNCHEZ CALERO, F.: *La junta general en las sociedades de capital*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, págs. 153-176.
 - SÁNCHEZ CALERO, F.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y ROJO, A.: *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

- SÁNCHEZ-CALERO, J. y FERNÁNDEZ TORRES, I: «Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del art. 35 LME)», *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, Núm. 14, 2011, págs. 109-133.

- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «Informe de los Administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. I, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 489-526.

- SEQUEIRA MARTÍN, A.: «El concepto de fusión y sus elementos componentes», en AAVV: *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol. I, coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 375-420.

- «Fusión de sociedades» en AAVV: *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. por ALONSO LEDESMA, C., Ed. Iustel, Madrid, 2006, págs. 639-648.

- «Fusión heterogénea», en AAVV. *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. por ALONSO LEDESMA, C., Ed. Iustel, Madrid, 2006, pág. 648-652.

- «El proyecto de fusión como condicionante del ámbito de los acuerdos a adoptar por las sociedades participantes en una fusión», *Revista de Derecho de Sociedades*, Núm. 12, 1999, págs. 195-208.

JURISPRUDENCIA

- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), de 9 de enero de 2007 (AC 2007\1160).

- Consulta de la Subdirección General de Impuestos sobre las Personas Jurídicas de 23 de diciembre de 1999 (2430-99).

- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de marzo de 2005 (RJ 2005\1963); de 22 de marzo de 2002 (RJ 2002\4909); de 26 de octubre de 1999 (RJ 1999\7681); de 6 de noviembre de 1997 (RJ 1997\8907); de 20 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8413); de 8 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8085); de 30 de junio de 1993 (RJ 1993\5326); de 10 de junio de 1993 (RJ 1993\5417); de 26 de febrero de 1993 (RJ 1993\1363); de 5 de enero de 1993 (RJ 1993\436); de 2 de enero de 1992 (RJ 1992\488); y de 21 de junio de 1990 (RJ 1990\5366).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 5 de mayo de 2008 (JUR 2008\317815).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª), de 16 de octubre de 2006 (JUR 2007\1330).

- Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 4 de junio de 2007 (RJ 2007\3426); de 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002\10400); y de 17 de febrero de 1992 (RJ 1992\1259).